

**UiO • Det juridiske fakultet**

# Ulovlig ervervet bevis og ulovfestet bevisavskjæring i straffesaker.

Kandidatnummer: 508

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord:17097



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING. ....</b>	<b>1</b>
1.1	Problemstilling og avgrensning .....	2
1.2	Problemstillingens aktualitet og eksempler. ....	3
1.2.1	«Treholt- saken».....	3
1.2.2	‘’Fengselsbetjentdommen ‘’ .....	4
1.3	Rettskilde bildet.....	5
1.3.1	Forholdet til folkeretten.....	5
1.4	Innledende drøfting av hensyn som taler for og i mot bevisavskjæring.....	6
<b>2</b>	<b>BEVISERVERV UNDER ETTERFORSKNING .....</b>	<b>10</b>
2.1	Nærmere om etterforskning .....	10
<b>3</b>	<b>NÅR ER ET BEVIS ULOVLIG ERVERVET.....</b>	<b>14</b>
3.1	Definisjon ‘’ ulovlig ervervet’’ .....	14
3.2	Ulovlig ervervet bevis. ....	14
3.3	Typetilfeller av ulovlig ervervet bevis.....	18
3.3.1	Tvangsmiddelbruk - ransaking.....	18
3.3.2	Ulovlig frembrakt tilståelse under avhør ved bruk av løfter, trusler eller uriktige opplysninger og tortur.....	20
3.3.3	Ulovlig avlytting og opptak .....	26
3.4	Oppsummering .....	27
<b>4</b>	<b>I HVILKE UTSTREKNING SKAL ULOVLIG ERVERVET BEVIS AVSKJÆRES. ....</b>	<b>28</b>
4.1	Avskjæringsvurderingen.....	28
4.2	Gjentakelseskriteriet .....	33
4.2.1	Vurderingstema i gjentakelseskriteriet.....	34

<b>5</b>	<b>HELHETSVURDERINGEN .....</b>	<b>37</b>
5.1	Grunnleggende hensyn .....	37
5.1.1	Hensynet til sakens opplysning .....	37
5.1.2	Hensynet til tiltaltes integritet .....	39
5.1.3	Disiplineringshensynet .....	40
5.1.4	Hensynet til allmenhetens rettsfølelse.....	41
5.2	Konkrete momenter i helhetsvurderingen .....	43
5.2.1	Bevisets verdi og vekt .....	43
5.2.2	Det ulovlige beviservervets karakter.....	46
5.2.3	Alvorlighetsgraden av tiltaltes lovbrudd .....	47
5.2.4	Betydning av om et bevis er i siktedes favør eller disfavør .....	48
5.2.5	Betydning av om den som hadde beviset hadde en plikt til å vitne eller utlevere beviset.....	48
5.3	Oppsummering .....	49
<b>6</b>	<b>BEVISAVSKJÆRING OG FORHOLDET TIL EMK. ....</b>	<b>52</b>
6.1	Konvensjonens regulering av spørsmålet om bevisavskjæring .....	53
6.2	Nærmere om ‘’ Fairness’’- vurderingen etter EMK artikkel 6.....	54
6.2.1	Bevis som er ervervet i strid med EMK artikkel 3.....	55
6.2.2	Beviserverv og bevisføring i strid med selvinkrimineringsforbudet som er innfortolket i EMK artikkel 6 nr 1. ....	56
6.2.3	Bevis som er ervervet i strid med nasjonale regler eller i strid med EMK artikkel 8.....	57
6.3	Konvensjonens betydning for bevisavskjæring .....	58
<b>7</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER .....</b>	<b>60</b>
7.1	Avslutning .....	60
7.2	Konklusjon.....	63
<b>8</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>66</b>

8.1	Litteratur .....	66
8.1.1	Bøker .....	66
8.1.2	Artikler .....	67
8.2	Lovhenvisninger .....	68
8.3	Forskrifter .....	68
8.4	Forarbeider og innstillinger .....	68
8.5	Norsk offentlige utredninger. ....	69
8.6	Internasjonale konvensjoner .....	69
8.7	Rundskriv .....	69
8.8	Domsregister .....	70
8.8.1	Norske avgjørelser .....	70
8.8.2	Utenlandske avgjørelser .....	71
8.9	Direktelink til nettsider som er brukt .....	71
8.10	Avhandlinger av juridiske studenter .....	71

## 1 Innledning.

Utgangspunktet i norsk straffeprosess er fri bevisførsel.<sup>1</sup> Prinsippet om fri bevisføring er et av de viktigste prinsippene vi har i norsk prosess rett. Prinsippet følger av ulovfestet rett og innebærer at partene kan føre alle relevante bevis som støtte for sin sak. Begrunnelse for at prinsippet er ulovfestet finner vi i forarbeidene til straffeprosessloven. Det fremgår av forarbeidene at lovreguleringen på dette området er upraktisk, derfor overlates dette til teori og rettspraksis.<sup>2</sup>

Fra utgangspunktet om fri bevisførsel finnes det lovfestede og ulovfestede unntak som kan føre til at bevis avskjæres. Med avskjæring av bevis menes det at retten kan nekte et eller flere bevis ført. Det settes et forbud mot at beviset skal inngå som informasjonsgrunnlag i den bevisvurderingen som er grunnlaget for domstolens avgjørelse.<sup>3</sup>

Spørsmålet om bevisavskjæring oppstår ofte i forbindelse med at et bevis er ulovlig ervervet. Selv om det norske rettssystemet gir adgang til å avskjære et ulovlig ervervet bevis, er det viktig å understreke at et ulovlig beviserverv verken er nødvendig eller en tilstrekkelig grunn for bevisavskjæring.

Et typetilfelle som kan illustrere når bevisavskjæringsspørsmålet blir satt på spissen i praksis, er eksempelvis når politiet trår feil i etterforskningsarbeidet og erverver bevis i strid med gjeldene rett. Et bevis ervervet under slike omstendigheter kan anses som et ulovlig ervervet bevis, og kan være gjenstand for bevisavskjæring dersom spørsmålet dukker opp for domstolene.

---

<sup>1</sup> Rt 1990 side 1008 på side 1010, Rt 1996 side 1114 på side 1118, Rt 2005 side 1353 avsnitt 13 og Rt 1981 s. 377.

<sup>2</sup> Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesslovkomiteen 1969 side 197.

<sup>3</sup> Torgersen (2009) s.4

Det finnes lovfestede unntak som gir veiledning for når et bevis skal tillates ført eller avskjæres. Det er imidlertid vanskeligere med bevisavskjæring på ulovfestet grunnlag.

Avskjæring av bevis på ulovfestet grunnlag vil bero på en helhetsvurdering hvor flere momenter og hensyn vil gjøre seg gjeldende.

I dag har bevisavskjæringsspørsmålet stor praktisk betydning. Som oppgaven vil vise kan en domfellelse være avhengig av om et bevis tillates ført eller avskjæres.

### **1.1 Problemstilling og avgrensning**

Tema for denne avhandlingen er ”Ulovlig ervervet bevis og ulovfestet bevisavskjæring i straffesaker”. Avhandlingens tema er i utgangspunktet svært omfattende, så avhandlingen vil kun ta sikte på å gi en oversikt over temaet. Oppgavens hovedproblemstilling er, hva innebærer det at et bevis ulovlig ervervet og i hvilken utstrekning skal et slikt bevis avskjæres.

Det vil ikke være mulig å gå helt i dybden av alt, men jeg vil fremstille de sentrale prinsippene og hensynene som gjør seg gjeldene i oppgaven. Gjennom fremstillingen ønsker jeg først og fremst, å undersøke hvilke metode som brukes ved avskjæring av bevis på ulovfestet grunnlag og hvilke hensyn og momenter som gjør seg gjeldene.

Oppgaven vil bli avgrenset mot de lovfestede reglene for bevisavskjæring. Bevis som er innhentet på en lovlig måte, men som av ulike grunner ikke kan føres i retten, vil også bli holdt utenfor. Videre ønsker jeg å avgrense oppgaven mot bevis innhentet i utlandet, anonyme vitner, og avhør av barn.

Noen bevis kan ikke føres fordi de vil krenke interesser, som anses for å være mer viktigere enn å få oppklart en sak. For eksempel forklaringer som underlagt streng taushetsplikt. jf. strlp § 119. Da loven gir god veiledning for når denne typen bevis skal avskjæres, vil det også bli holdt utenfor oppgaven.

## 1.2 Problemstillingens aktualitet og eksempler.

Før jeg går inn på oppgavens tema ønsker jeg å kaste lys over aktualiteten av oppgavens problemstilling. Opp gjennom tiden har det vært store diskusjoner om bevisavskjæring i norsk rett. I det følgende fremstilles to saker, som viser at spørsmålet om ulovlig ervervet bevis og ulovfestet bevisavskjæring har vært aktualisert og vært av betydning for saken.

### 1.2.1 «Treholt- saken»

Treholt saken gjaldt en mann som var idømt en fengselsstraff på 20 år av lagmannsretten for overtredelse av straffeloven § 90 tredje ledd jf. Første ledd annet straffalternativ. Etter lagmannsrettens behandling av saken ble det satt frem en ny gjenopptagelses begjæring. Begjæringen ble forkastet men nye forhold og anførsler ble behandlet av kjæremålsutvalget.

En av de nye anførslene som ble påberopte knyttet seg til ulovlig ransaking og ulovlig ervervet bevis. Det ble videre anført at bevis som var ulovlig ervervet, skulle ha vært gjenstand for bevisavskjæring under lagmannsrettens behandling av saken.

Det omstridte beviset var en bunke med dollarsedler og noen fotografier. Politiet hadde ervervet bevisene under en «hemmelig» ransaking. Det innebærer at det ikke gis noen underretning om ransakingen. Dagjeldende straffeprosessloven § 224 og 225 krevde at det ble gitt underretning før ransaking fant sted. Kjæremålsutvalget kom frem til at regler om ransaking ble bevisst satt til side av politiet og ransakingen var gjennomført ulovlig.<sup>4</sup> Selv om beviset var ulovlig ervervet kom kjæremålsutvalget frem til, at beviset ikke skulle avskjæ-

---

<sup>4</sup> Rt1992 s.698.

res. Hensynet til sakens opplysning gjorde seg sterkt gjeldene fordi saken gjaldt en meget alvorlig forbrytelse.<sup>5</sup>

Treholt saken var den største spionsaken i nyere norsk historie og rettsaken vakte stor interesse både i Norge og utlandet. Det kan være den enorme interessen for saken og forbrytelsens karakter, som kan ha ført til at domstolen nektet å avskjære bevis. Spørsmålet om bevisavskjæring hadde en stor betydning for saken og det var etter denne saken, at bevisavskjæringsproblematikken ble tatt opp på dagsorden.

Saksforholdet og domsgrunnene er av interesse for oppgavens tema som illustrasjonsmateriale.

### 1.2.2 "Fengselsbetjentdommen "

Saken gjaldt en fengselsbetjent som var mistenkt for å ha hjulpet en fange til å rømme fra fengselet. Under etterforskningen ble det tatt i bruk utradisjonelle etterforskingsskritt for å sikre bevis mot fengselsbetjenten. En innsatt fange ble benyttet som politiagent for å få fengselsbetjenten til å avgi forklaring om sin rolle i rømningen. Dette skjedde ved at det ble lagt frem på en slik måte for fengselsbetjenten, at også den innsatte politiagenten ønsket å rømme og betale for bistanden.<sup>6</sup>

Det ble avtalt at fengselsbetjenten skulle overlevere en skisse av fengselet til medhjelper av den innsatte utenfor murene. Ved denne overleveringen møtte en politibetjent under dekke av å være medhjelper. Under overleveringen av skissen spurte politibetjenten om fengselsbetjentens rolle i den tidligere rømningen. Fengselsbetjenten fortalte detaljert om sin deltagelse i rømningen og alt ble tatt opp av politibetjenten, som var utstyrt med mikrofon og

---

<sup>5</sup> Torgersen (2009) s.343

<sup>6</sup> Rt.1999 s. 1269



lydbåndopptaker. Forklaring fra politiagenten og politibetjenten samtlige utskrifter fra båndopptakene ble ført som bevis i retten og fengselsbetjenten ble domfelt.

Etter anke over saksbehandlingsfeil ble dommen opphevet fordi bevis mot fengselsbetjenten var ulovlig ervervet. Høyesterett kom frem til at utspørringen av fengselsbetjenten kunne karakterers som fordekt avhør i strid med taushetsretten i straffeprosessloven og EMK (selvinkrimineringsvernet).

Dommen er veldig sentral og vil bli brukt som illustrasjonsmaterialet videre i oppgave.

### **1.3 Rettskilde bildet**

Reglene om bevisavskjæring i straffesaker følger av ulovfestet rett. Vi får dermed lite veiledning i lov og lovforarbeider. Rettspraksis og juridisk teori vil derfor være sentrale rettskilder i oppgaven og rettspraksis fra lagmannsretten vil tas med hvor det passer inn for å belyse problemstillingen i oppgaven. Noen steder vil lovforarbeider særlig straffeprosesslovkomiteens innstilling fra 1969 og ot.prp. nr 35 (1978-79) være relevant.

Videre drøftelse og redegjørelser i denne oppgaven vil bygge på alminnelig juridisk metode

7

#### **1.3.1 Forholdet til folkeretten**

Det følger av strlp § 4 at loven gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten eller overenskomst med fremmed stat. Det vil si at folkeretten har betydning for norsk straffe-

---

<sup>7</sup> Eckhoff og Helgesen, Rettskildelære

prosess. Det fremgår av menneskerettsloven § 2 jf. §3 at Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (heretter kalt EMK) og FNS konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 gjelder som norsk lov. De folkerettslige konvensjonene spesielt EMK vil ha betydning for oppgaven.

Det er særlig EMK art 6 som vil være relevant i spørsmålet om bevisavskjæring. Bestemmelsen sikrer siktedes rettigheter og gir krav på rettferdig rettergang. Artikkelen kan sette begrensninger til å benytte ulovlig ervervet bevis i retten. Ved vurderingen om beviset skal tillates ført eller avskjæres vil kravet til «fair trial» i EMK artikkel 6 være av betydning.<sup>8</sup>

Det er opp til medlemstatene å utforme regler om bevisavskjæring, EMD tar kun stilling til «fair» vurdering etter EMK art 6. Selv om EMK er en viktig rettskildefaktor så har den begrenset betydning for norsk rett. Konvensjonen regulerer ikke statenes regler om bevisavskjæring.<sup>9</sup> Avgjørelser fra den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) vil være en relevant rettskildefaktor i oppgaven.

#### **1.4 Innledende drøfting av hensyn som taler for og i mot bevisavskjæring.**

Før vi går inn på den ulovfestede læren om avskjæring av bevis, kan vi stille oss spørsmålet «hvorfor vi i det hele tatt har regler om bevisavskjæring når utgangspunktet i straffeprosess er fri bevisførsel?» Hvilke hensyn gjør seg gjeldene bak bevisavskjæringsreglene og hva er formålet.

---

<sup>8</sup> Torgersen (2009) s. 71

<sup>9</sup> Harutyunyan mot Armenia (2007) avsnitt 61, Hacı Ozen mot Tyrkia (2007) avsnitt 100.

En sentral hensyn bak reglene for bevisavskjæring er prevensjonshensynet. Det er et overordnet hensyn som kommer inn i vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal føres eller ikke, når det er brukt feilaktig fremgangsmåte ved beviserverv.

Prevensjonshensynet taler for at bevisavskjæring skal brukes i større utstrekning for å forebygge at andre beviserververe erverver bevis på ulovlig måte. Det kan virke preventivt i den forstand at andre beviserververe vil innhente bevis i samsvar med gjeldene rett, for å unngå at deres bevis blir gjenstand for avskjæring.<sup>10</sup>

En annen mulig hensyn for bevisavskjæring kan være spesielt rettet mot politiet. Å hindre politiet i å begå ulovligheter under etterforskningen. Det er ønskelig at politiet følger gjeldende rett og erverver bevis på en lovlig måte. Reglene om bevisavskjæring kan på denne måten virke disiplinerende for politiet.

Disiplineringshensynet for å motvirke uønsket atferd anses ikke for å være et så viktig argument for bevisavskjæring. Forarbeidene til straffeprosessloven har også en tilbakelemt holdning og sier ikke så mye. Det er ønskelig at slike overtredelser og uønsket atferd heller motarbeides på andre måter enn bevisavskjæring.<sup>11</sup>

I Rt.1992 s. 698 Treholt saken ble forarbeidene trukket frem og det ble gitt uttrykk for samme synspunkt, at bevisavskjæring bør motvirkes med andre alternative reaksjoner.

Kjæremålsutvalget uttalte på side 705:

*''Komiteens syn er imidlertid at mulige misbruk fra politiets side mer hensiktsmessig lar seg motarbeide ved disiplinære forholdsregler "enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken." Dette må etter kjæremålsutvalgets syn være utgangspunktet også i tilfeller da den fremgangsmåte som er benyttet, ikke bare kan være gjenstand for disiplinære forholdsregler, men også for straffansvar''*

---

<sup>10</sup> Aall (1995) s. 300

<sup>11</sup> Inst.1969 s. 197

Et annet hensyn som taler for bevisavskjæring er at beviset som ønskes ført har lav bevisverdi. Reglene for bevisavskjæring kan dermed motvirke at bevis med lav verdi, som ofte er upålitelige tillates ført. Den type bevis kan virke villedende og forstyrrende i en sak.

Et annet hensyn som taler for bevisavskjæring er å beskytte rettigheter og gi vern for de beskyttelsesinteressene som ligger til grunn for de grunnleggende rettighetene. Eksempel på en slik grunnleggende rettighet er prinsippet om selvinkrimineringsforbudet jf. EMK. Dersom et bevis er ervervet i strid med selvinkrimineringsforbudet må retten avskjære beviset, for å beskytte de rettighetene og beskyttelsesinteressene som ligger til grunn. I det foreliggende at, ingen skal måtte bidra til sin egen domfellelse jf. EMK art 6.

Det kan videre innvendes at dersom man tillater ulovlig ervervede bevis kan dette vanskeliggjøre resosialiseringen av den enkelte lovovertræder og ha uheldige allmennpreventive virkninger. Dersom ulovlig ervervede bevis tillates ført vil lovovertrædere føle seg urettferdig behandlet. Det kan virke som en kriminalitetsfremmed faktor.

De ulempene vil langsiktig kunne oppveie den preventive betydningen ved at noen lovbrøttere blir dømt som følge av de ulovlige metodene.<sup>12</sup>

Det er mange hensyn som taler for å ha regler om bevisavskjæring, men det finnes også hensyn som taler imot slike regler.

Rettens viktigste oppgave er å finne den materielle sannheten. Retten skal komme til et riktig resultat og prøve å få opplyst saken så godt som mulig. Bevisavskjæring kan svekke saksopplysning. Ved avskjæring av bevis kan det hende at saken ikke blir like godt opplyst og oppklart som den kunne ha blitt. Det kan medføre at det blir vanskeligere for retten å ta stilling til den materielle sannheten og komme til et riktig resultat.

---

<sup>12</sup> Bratholm (1959) s. 118

Konsekvensene av dette kan ha uheldige allmenne og individualpreventivt virkninger. For Eksempel kan skyldige personer gå fri, fordi beviset som viser deres skyld må avskjæres på grunn av ulovlig beviserverv. Hensyn for riktig resultat og hensynet til sakens opplysning taler imot bevisavskjæring.

Videre kan hensynet til håndhevingsproblemer tale mot regler for bevisavskjæring. Der-  
som et bevis er gjort kjent for dommeren og man senere krever at den skal avskjæres, vil en dommer uansett være påvirket av det beviset som ble avskåret. Dommeren kan ha det bevi-  
set i tankene ved avgjørelsen. Det kan virke inn uheldig på dommen<sup>13</sup>

Det finnes tungtveiende hensyn som taler for begge løsninger og dette har ført til at vi i dag ikke har noen klar hovedregel om når et bevis skal avskjæres eller ikke. Når man i dag tar stilling til spørsmål om bevisavskjæring vil man foreta en helhetsvurdering hvor ulike hen-  
syn og momenter veies opp mot hverandre. Avgjørelsen vil bero på omstendighetene i det enkelte tilfelle.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Torgersen(2009) s.35-54

<sup>14</sup> Bratholm (1959)

## 2 Beviserverv under etterforskning

Den enkelte straffesak starter ved at politiet innleder etterforskning og innhenter bevis. Det er derfor viktig å se på når en etterforskning skal iverksettes og hvilke formål det har. Strlp. § 224 inneholder flere regler om når etterforskning skal eller kan iverksettes. For det første skal det iverksettes etterforskning når det foreligger en anmeldelse eller andre omstendigheter som gjør at det er en rimelig grunn til å undersøke nærmere om det foreligger noen "straffbart forhold" som forfølges av det offentlige jf. strlp § 224 første ledd.<sup>15</sup>

Kravet om "straffbart forhold" må tas på ordet, men selv om det ikke foreligger noen straffbart forhold, vil det være noen tilfeller hvor det er viktig å få klarlagt hva som har skjedd og hvordan. Vi kan dermed si at kravet om at det må foreligge et "straffbart forhold" for at etterforskning kan iverksettes, kan fravikes. Eksempelvis når gjerningsmannen er sinnsyk. Her vil det ikke foreligge et straffbart forhold, men det vil være full adgang til å iverksette etterforskning for å finne ut hva som har skjedd.

Det kan også utledes fra straffeloven § 39 b nr 1 som gir påtalemyndigheten adgangen til å anlegge sikringssak. Også når gjerningspersonen er under den kriminelle lavalder, kan det foretas etterforskning til tross for at det ikke foreligger noen straffbart forhold jf. strlp § 46.<sup>16</sup>

### 2.1 Nærmere om etterforskning

Hovedformålet med etterforskning i straffesaker finner vi i strlp. § 226 første ledd. Etter bestemmelsens ordlyd vil formålet være å samle inn de nødvendige opplysningene, for å avgjøre tiltale spørsmålet og forberede rettens behandling eller for å fullbyrde straff og

---

<sup>15</sup> Fredriksen (2013) s. 104

<sup>16</sup> Straffeloven av 2005 § 20 første ledd bokstav a jf. påtaleinstruks § 7-4.

andre reaksjoner.<sup>17</sup> De nødvendige opplysningene som loven snakker om er i utgangspunktet bevis som kan være til hjelp i tiltalespørsmålet og saksforberedelsen.

Gjennom etterforskningen skal politiet undersøke de faktiske forholdene som er av betydning og undersøke om noe straffbart har funnet sted. Det er i utgangspunktet påtalemyndigheten som har ansvaret for etterforskningen og saksforberedelsen.<sup>18</sup> Riksadvokaten er den øverste ansvarlige instans i påtalemyndigheten og må påse at etterforskning gjennomføres i samsvar med lov og regler.

Den viktigste oppgaven under etterforskningen vil være å erverve bevis, som kan danne grunnlaget for saksforberedelsen og tiltalespørsmålet. Politiet må innhente bevis i samsvar med lov og instruks slik at det ikke oppstår tvil om lovligheten av beviserhverv. Er et bevis ulovlig ervervet kan det være gjenstand for bevisavskjæring. Det kan medføre at man mister viktige bevis i en sak.

Når politiet skal samle inn opplysninger som kan si noe om hvorvidt mistanken er berettiget tar de i bruk forskjellige etterforskningsmetoder. Det kan for eksempel være at politiet tar avhør av de mistenkte eller siktet i saken eller foretar ransaking og pågriper personer. De sistnevnte etterforskningsmetodene som ransaking og pågrepelse regnes som svært inngripende ovenfor de som blir utsatt og krever hjemmel i lov.

Politiet kan i noen tilfeller også ha behov for å bruke utradisjonelle etterforskningsmetoder for å sikre bevis. Denne type etterforskningsmetoder blir brukt i de tilfellene vanlige etterforskningsmetoder ikke gir noen veiledning eller hjelp i saken. Rett og slett hvor vanlige etterforskningsmetoder ikke strekker til.

---

<sup>17</sup> Hov.(2007) s.43

<sup>18</sup> Straffeprosessloven § 225 jf. påtaleinstruks § 7-5.

Det er mange straffbare forhold som politiet ikke får vite om fordi de ikke blir anmeldt. Narkotikalovbrudd er et godt eksempel, et annet eksempl kan være planlegging av terror-handlinger som er straffbart etter strl. § 147 a. Siden det ikke er mange som anmelder slike forhold må politiet selv ved bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder prøve å innhente opplysninger og informasjon for å bekjempe kriminaliteten.

Utradisjonelle etterforskningsmetoder vil ofte foregå i det skjulte og samtidig som den straffbare handlingen eller virksomheten pågår. Eksempel på utradisjonelle etterforskningsmetoder kan være spaning, avlytting og provokasjon. Denne typen etterforskningsmetoder betegnes ofte som subsidiære metoder og kan kun brukes hvor ordinære metoder ikke strekker til.<sup>19</sup> Det var sterk økning i kriminalstatistikken spesielt narkotikalovbrudd som førte til at politiet fikk behov for å ta i bruk slike metoder i kriminalitetsbekjempelsen.<sup>20</sup>

Det er ofte ved bruk av slike utradisjonelle etterforskningsmetoder at spørsmålet om bevis-avskjæring blir satt på spissen. Mangel på utførlige regler hos oss om hvordan slik etterforskning skal drives og hvor langt politiet kan gå medfører at tvilsomme tilfeller lett kan oppstå i praksis. Et slikt grensetilfelle ble lagt frem for riksadvokaten.

I denne saken hadde politiet i en by for å innhente bevis mot en som var siktet for tyveri, gjemt en mikrofon i et rom hvor siktede skulle ha en samtale med en medsiktet.

Medsiktede hadde tilstått sin del av forbrytelsen. Mikrofonen var utstyrt med en lydbånd-opptaker i et annet rom og planen til politiet var å få den som hadde tilstått forbrytelsen til å få den andre til å røpe seg i samtalen. Siktede oppdaget arrangementet og politiet lyktes ikke å skaffe noe helt avgjørende bevis mot siktede, selv om noen uttalelser kunne peke på at han var skyldig.

---

<sup>19</sup> Politirett, 2 utgave (2004) s. 302.

<sup>20</sup> NOU 1997:15, Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet, delinnstilling II.



Riksadvokaten uttalte i forbindelse med denne saken at hverken straffeprosessloven eller påtaleinstruksen forbød en slik fremgangsmåte, men den var i strid med straffeprosesslovens forutsetninger. Det ble rettet kritikk mot politiets fremgangsmåte og ble tatt avstand fra det. Riksadvokatens uttalelser til denne saken kan tolkes i retning av at han anså denne fremgangsmåten som ulovlig. Politiet hadde gått for langt i bruk av utradisjonelle etterforskningsmetode ved beviserverv.<sup>21</sup>

Rettspraksis har på ulovfestet grunnlag satt skranker for politiets etterforskning utover det som følger av loven. Det gjelder klare begrensninger og strenge krav for politiets bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder<sup>22</sup>. Det fremgår av forarbeidene at man skal ikke gå lenger i metodebruk enn hva som er nødvendig for å kunne oppklare forbrytelser. Om metoden lar seg forsvare vil bero på en interesseavveining, med samfunnets behov for å bekjempe kriminaliteten på den ene siden og hensynet til rettssikkerhet og personvern på den andre siden.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Bratholm (1959) s. 113

<sup>22</sup> Rt.1984 s 1076 og Rt.1998 s 407.

<sup>23</sup> Ot.prp.nr.64 (1998-1999), pkt. 7.1. Det avgjørende vil være hvor alvorlig kriminaliteten er og hvor effektiv og inngripende etterforskningsmetode tas i bruk.

### **3 Når er et bevis ulovlig ervervet**

Når spørsmålet om bevisavskjæring kommer opp i retten, skal domstolen først ta stilling til om beviset som ønskes avskåret er ulovlig ervervet. Det er imidlertid uklart hva som menes med at et bevis er ”ulovlig ervervet”, og hva det innebærer. I det følgende vil jeg gjøre rede for hva som menes med begrepet ” ulovlig ervervet” bevis og illustrere det med noen typetilfeller.

#### **3.1 Definisjon ” ulovlig ervervet”**

Spørsmålet i det foreliggende er hva som ligger i at et bevis er ulovlig ervervet.

«Ulovlig» innebærer etter alminnelig språklig forståelse at noe er ” i strid med gjeldende rett” Med ”gjeldende rett” siktes det ikke kun til lovregler, men derimot til alt som kan utledes av skrevne og uskrevne rettskilder.<sup>24</sup>

Selv om et bevis er ervervet på lovlig måte og ikke strider mot gjeldene rett, kan den etter en vurdering av omstendighetene anses som ulovlig ervervet. Det fremgår av forarbeidene at politiets etterforskning må skje i samsvar med gjeldene rett. Selv om en metode er lovlig og ikke uttrykkelig forbudt kan det i noen tilfeller anses som ulovlig fordi den støter mot legalitetsprinsippet.<sup>25</sup>

#### **3.2 Ulovlig ervervet bevis.**

De klareste tilfellene hvor et bevis er ulovlig ervervet, er når den er innhentet i strid med lov eller forskrift jf. Rt1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen). Spørsmålet i saken var om hvorvidt et hemmelig video- opptak kunne føres som bevis i en straffesak.

---

<sup>24</sup> Kostveit (2005) Forskning om økonomisk kriminalitet nr 28. side 6

<sup>25</sup> NOU 1997:15

Saken gjaldt straffeforfølgelse av en kvinnelig ansatt på et gatekjøkken. Eieren av gatekjøkkenet hadde fått mistanke mot kvinnen og satt opp et videokamera i ekspedisjonsområdet. De ansatte på jobben ble opplyst at videokameraet var montert for at de kunne oppholde seg i spiserommet og samtidig holde øye med lokalet. Uten å informere de ansatte koblet eieren kameraet til en opptaksmaskin og sikret bevis mot kvinnen som han mistenkte for underslag.

Problemstillingen i saken var om beviset var ervervet i strid med straffeloven § 145a, (ulovlig ervervet), og om opptakene kunne fremlegges som bevis.<sup>26</sup>

Høyesterett kom under tvil frem til at eieren hadde ervervet bevis i strid med arbeidsmiljøloven § 12 nr. 1 og § 19. Høyesterett fastslo i dommen et bevis anses for å være ulovlig ervervet når de objektive vilkårene i loven er overtrådt. Om de subjektive vilkårene presiserte Høyesterett: '' *Jeg nevner allerede her at bedømmelsen av om beviset er ervervet i strid med loven, må bero på om lovbestemmelsene objektivt sett er overtrådt. Om den daglige leder subjektivt har ment å handle lovlig, er i denne henseende irrelevant* ''<sup>27</sup>

Standpunktet Høyesterett inntar i denne kjennelsen er også fulgt i senere saker.<sup>28</sup>

Bruk av tvangsmidler krever hjemmel i lov og politiet må gjennomføre bruk av tvangsmidler i henhold til lovbestemmelsene. Bevis som innhentes i strid med disse reglene vil være ulovlig ervervet.

---

<sup>26</sup> Schartum (UIO nettside)

<sup>27</sup> Rt 1991 s. 616 side 620

<sup>28</sup> Se Rt 2001 s. 668 (Tippekassekjennelsen) Saken gjaldt bevisavskjæring av hemmelig bevisopptak. Høyesterett inntok samme standpunkt som i Rt.1991 s.616 og konkluderte med at bevis som var innhentet gjennom hemmelig videoopptak skulle avskjæres.

Videre er det ikke et nødvendig vilkår at beviset må være ervervet ved en straffbar handling og i strid med loven, jf. Rt.1999 s. 616 og Rt.1997 s. 795. I sistnevnte sak var det en tvist om samværsrett med barn. Høyesterett kom frem til at det hemmelige lydopptaket, som moren hadde tatt av en telefonsamtale mellom barna og faren måtte avskjæres, selv om beviset ikke var i strid med strl. § 145 a.

I denne saken var det tilstrekkelig at beviset var innhentet på en illojal og støtende måte. Førstvoterende uttalte: «*Den ulovfestede adgang til å kreve bevis avskåret, må (...) rekke lenger enn til å bare omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling.*»<sup>29</sup>

Bevis som er innhentet i strid med EMK vil også være ulovlig ervervet. Det er ofte brudd på EMK artikkel 3 forbud mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, og artikkel 8 beskyttelse av privatlivets fred, som særlig reiser spørsmål om avskjæring av bevis.

Bevisavskjæring av ulovlig ervervede bevis etter EMK kan ses i sammenheng med EMK artikkel 6 kravet til fair trial. Kravet om at alle har rett til en rettferdig rettergang kan medføre at bevis avskjæres. EMD foretar en helhetsvurdering hvor det avgjørende er om rettergangen har vært forsvarlig og rettferdig. Om et bevis er ulovlig ervervet etter nasjonal rett har ingen betydning.

Bevis som strider mot ulovfestede prinsipper kan også anses for å være ulovlig ervervet. Ulovfestede prinsipper som også kalles alminnelige prinsipper er i utgangspunktet utviklet og fastslått gjennom rettspraksis. Et eksempel på ulovfestet prinsipp som er utviklet gjennom rettspraksis kan være legalitetsprinsippet. «Inngrep ovenfor privatborger må ha hjemmel i lov»<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Rt.1997 s. 795 (se side 796) og Andenæs (2009) side 244.

<sup>30</sup> Rt.1954 s.96 og Rt.2007.s1612

Dersom politiet gjør et inngrep ovenfor den private uten at det foreligger lovhjemmel vil beviset anses for å være ulovlig ervervet. Dette støttes også i juridisk teori. Aall anfører blant annet at beviservervet i slike tilfeller anses for å være rettstridig<sup>31</sup>

Avgjørelsen inntatt i Rt.1936 s. 204 kan belyse dette. Politiet ønsket i denne saken å pålegge en kvinne legeundersøkelse, for å sikre bevis mot at hun hadde tatt ulovlig abort. På den tid fantes det ingen lovhjemmel som hjemlet et slikt inngrep ovenfor den private. Kjæremålsutvalget kom frem til at en slik undersøkelse ikke kunne foretas uten lovhjemmel. Dersom politiet hadde tvunget kvinnen til å foreta en slik undersøkelse uten lovhjemmel, ville beviservervet vært rettstridig og ulovlig. Legalitetsprinsippet setter dermed grenser for politiets fremgangsmåte ved beviserverv.

Høyesterett har opp gjennom tiden fastslått flere ulovfestede prinsipper. I juridisk teori argumenteres det for at beviserverv i strid med disse prinsippene vil anses som rettstridig og ulovlig. Det påpekes spesielt at beviserverv i strid med prinsipper som Høyesterett har utviklet, vil som regel anses som tilsidesettelse av fundamentale krav til etterforskningen i motsetning til lovstridstilfeller. Dette kan være et viktig moment i bevisavskjæringsvurderingen.<sup>32</sup>

Overtredelse av påtaleinstruksens bestemmelser, som er gitt med hjemmel i strlp § 62 vil også medføre at beviset anses for å være ulovlig ervervet.

---

<sup>31</sup> Aall (1995) s. 311

<sup>32</sup> Ibid. S. 312

### 3.3 Typetilfeller av ulovlig ervervet bevis

#### 3.3.1 Tvangsmiddelbruk - ransaking

De fleste bevisavskjæringsspørsmål knytter seg til ulovlighet i form av brudd på de lovfestede regler om tvangsmiddelbruk. Bruk av tvangsmidler vil føre til inngrep i den enkelte borgers frihet og gjennomføres mot vedkommende vilje. Et slikt inngrep må derfor ha hjemmel i lov jf. legalitetsprinsippet. Med tvangsmidler sikter man først og fremst til etterforskningsmetoder som pågripelse, fengsling, ransaking, beslag og kommunikasjonskontroll. Disse inngrepsmetodene er nå lovfestet i straffeprosesslovens fjerde del, med overskriften «tvangsmidler».<sup>33</sup>

Ransaking er et tvangsmiddel som ofte tas i bruk når politiet har en mistanke om at en straffbar handling har funnet sted. Etter naturlig språklig forståelse vil ransaking innebære en grundig gjennomgang av et eller annet med etterforskningsøye. Formålet med ransaking er å finne og sikre bevis. Hjemmelen for ransaking finner vi straffeprosesslovens kapittel 15. Ved ransaking kan et bevis være ulovlig ervervet dersom politiet har overtrådt de prosessuelle kravene loven oppstiller.

Det fremgår av strlp. § 197 at politiet ikke uten vedkommende skriftlige samtykke, foreta ransaking uten at det foreligger rettens kjennelse. Påtalemyndigheten kan imidlertid treffe en beslutning om ransaking dersom det er fare ved opphold jf. § 197 annet ledd. Etter straffeprosessloven § 198 første ledd nr. 3 kan også polititjenestemenn ha kompetanse til å iverksette ransaking, men det forutsetter er at det foreligger sterk mistanke om et straffbart forhold, som kan medføre mer enn 6 måneders fengsel. Videre må det være en nærliggende fare for at formålet med ransakingen ellers forspilles.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Se Straffeprosessloven kapittel 14-17

<sup>34</sup> NOU 2004: 6 pkt. 7.7.3

Et typetilfelle fra rettspraksis som kan belyse det nærmere er Treholt-saken jf. Rt.1992.s 698. Som nevnt under pkt. 1.2.1 var en av de nye anførslene knyttet mot ulovlig ransaking og ulovlig ervervet bevis. Høyesterett kom frem til at det bevisst var foretatt hemmelig ransaking og beviset var ulovlig ervervet, men beviset ble likevel ikke avskåret.

Høyesterett uttaler på side 706: *'' Mot bruk av bevismaterialet taler først og fremst at gjeldende regler om ransaking bevisst ble satt til side av påtalemyndigheten og politiet. Bestemmelsene om varsel til den ransakingen foretas hos, skal vareta rettssikkerheten for den enkelte. ''* Tross av at Høyesterett kom frem til at det var gjennomført ulovlig ransaking og beviset var ulovlig ervervet ble beviset likevel tillatt ført. Retten mente at tilsidesettelse av regelverket ikke hadde hatt innvirkning på de bevis saken handlet om.

Retten uttalte videre på side 706: *'' Tiltalen mot A gjaldt svært alvorlig forbrytelser, som det var av stor betydning å få oppklart ''* Det ble lagt avgjørende vekt på sakens alvorlighetsgrad og hensynet til sakens opplysning i forhold til ulovlig beviserverv.

Et annet eksempel fra rettspraksis som også er sentral i juridisk teori finner vi i Rt 2006 s. 582. Saken gjaldt et kjøretøy som politiet stoppet fordi bilden hadde en logo som var knyttet til et ransmiljø. Etter stansingen ble både bilen og dens fører ransaket. Spørsmålet i saken var om stansingen av bilen var lovlig etter vegtrafikkloven § 10.

Høyesterett kom frem til at selve stansingen var lovlig. Ransakingen ble ansett ulovlig da det ikke var sannsynlig at den som ble ransaket hadde begått en kriminell handling som kunne medføre frihetsstraff. Til tross for at politiet hadde gjennomført en ulovlig ransaking og ervervet ulovlig bevis ble beviset tillatt ført. Høyesterett la større vekt på hensynet til sakens opplysning enn hensynet til siktede.

### 3.3.2 Ulovlig frembrakt tilståelse under avhør ved bruk av løfter, trusler eller uriktige opplysninger og tortur.

Avhør er en klassisk etterforskningsmetode som tas i bruk i de fleste straffesaker under beviserverv jf. strlp § 230. Hvordan avhøret skal gjennomføres er nærmere regulert i påtaleinstruksen kap 8.<sup>35</sup>

Selv om strlp § 230 gir politiet adgang til å foreta avhør har verken mistenkte eller vitner noen form for plikt til å forklare seg for politiet jf. strlp § 230 første ledd første punktum. Politiet kan aldri pålegge noen å gi forklaring, for den mistenkte er det et utslag av selvinkrimineringsprinsippet, som innebærer at ingen har plikt til å bidra med opplysninger i sin egen straffesak. Prinsippet gjelder uten unntak og blir ofte kalt 'forbudet mot selvinkriminering' 'Å inkriminere seg selv betyr å bidra til sin egen straffefellelse.

I Rt.1999 s.1269 (Fengselsbetjentdommen) uttaler førstvoterende at det er « *et grunnleggende rettsstats-prinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffefellelse*»<sup>36</sup> Selvinkrimineringsprinsippet følger av ulovfestet rett og har i lang tid vært gjeldende rett i norsk straffeprosess. Prinsippet er innfortolket i EMK art 6 nr.1 som gjelder som norsk lov jf. menneskerettsloven § 2.

Det er ofte under avhør at påtalemyndigheten får en tilståelse fra siktede. I mange saker kan det ofte være det eneste beviset i saken. Hvis tilståelsen er ulovlig frembrakt vil det være i strid med gjeldende rett, særlig selvinkrimineringsforbudet og det kan få konsekvenser.

---

<sup>35</sup> Jf. påtaleinstruks §8-2 jf. § 8-11 jf. § 8-8.

<sup>36</sup> Se Rt.1999 s. 1269 ,side 1272



En slik ulovlig frembrakt tilståelse vil være et ulovlig ervervet bevis og påliteligheten av beviset kan svekkes på det grunnlaget at den er ulovlig frembrakt.

Strlp. § 92 inneholder bestemmelse om hvordan politiet skal gjennomføre avhør. Det fremgår av strlp § 92 annet ledd at løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang må ikke brukes under avhør. Bestemmelsen setter forbud mot visse metoder som kan få frem en ulovlig frembrakt tilståelse.

Et eksempel som kan illustrere dette er inntatt i Rt.1994 s.1139. Saken gjaldt en narkotikasak. Siktete hadde i en drapssak som var henlagt, avgitt en forklaring om sin befatning med narkotika. Forutsetningen for at forklaringen ble gitt var at opplysningene ikke skulle brukes i noen andre sammenheng. Spørsmålet i saken var om den politiforklaringen kunne leses opp i narkotikasaken. I herredsretten ble forklaringen nektet opplest, men Høyesterett kom frem til motsatt resultat og opphevet dommen. Høyesterett begrunnet det med at det var uklart om faktum var slik som tiltalte hevdet.

Det som er av interesse for oppgaven er, at Høyesterett fremhevet at dersom tiltaltes forklaring hadde vært riktig og det var gitt amnesti under avhøret, ville hans politiforklaring være ulovlig ervervet i forhold til saken jf. strlp § 92 annet ledd. Førstvoterende uttalte på side 1141: ” *Jeg finner det som utgangspunkt vanskelig å akseptere at politiforklaringen som er avgitt under ” et løfte om amnesti” skal kunne kreves opplest etter straffeprosessloven § 290.* ”

Høyesteretts syn og uttalelser kan tolkes i retning av at de ønsker å motvirke slike etterforskningsmetoder og dersom det eventuell skulle være tilfelle, vil beviset være ulovlig ervervet og gjenstand for bevisavskjæring.

En annen sak som har interesse i forhold til oppgavens tema, er Birgitte saken også kjent som Karmøy saken. Saken startet i 1995 da Birgitte Tengs ble funnet drept på Karmøy. Saken førte til en omfattende etterforskning som førte til at fetteren til Birgitte ble pågrepet og siktet for drapet. Til tross av at fetteren ble frikjent for drapet i lagmannsretten ble han dømt til å betale oppreisning til offerets foreldre.<sup>37</sup>

I løpet av den tiden siktede var varetektsfengslet kom han med en tilståelse, som han trakk tilbake før saken kom opp til hovedforhandling i retten. Det aktuelle i forhold til oppgavens er omstendighetene i saken. Det fremgår av herredsrettens dom av 27.11.97 på side 8 at første avhøret som fant sted i 1995 startet forsiktig med god stemning og atmosfære, men så forandret omstendighetene seg og mot slutten av avhøret følte siktede seg mistenkeliggjort. Retten la til grunn at politiet tidlig i etterforskningen fikk mistanke om at fetteren stod bak drapet.

Det andre avhøret fant sted i 1997 og denne gangen hadde siktede endret sin forklaring. Siktetes forklaring spikret fra hans første når det gjaldt tidspunktet for når han hadde kommet hjem kvelden drapet fant sted. Det var dette som førte til at fetteren ble siktet og pågrepet for drapet på Birgitte i februar 1997.<sup>38</sup>

Siktede ble varetekstfengslet og mens han satt i varetekt ble det foretatt ytterligere avhør av ham. Avhørene ble foretatt av samme politibetjent og pågikk sammenlagt i 180 timer. Av disse avhørene ble det bare protokollert tre dager. De andre avhørene ble protokollert privat av politibetjenten som foretok avhørene.

---

<sup>37</sup> LG 1998 s. 260 jf. Rt.1999 s.1363

<sup>38</sup> Krokeide (1998) s. 77

De tunge avhørene førte til at den siktede tilsto drapet på sin kusine i mars 1997, men allerede i april ga han uttrykk overfor psykiatrisk sykepleier at han ønsket å trekke tilbake sin tilståelse.<sup>39</sup>

Politiets etterforskningsmetode ved å gjennomføre avhør i preg av uformelle samtaler var ikke direkte i strid med strlp § 92 annet ledd, men kan anses for å være i strid med grunnleggende saksbehandlingsregler i norsk straffeprosess. Politiet skapte et tillitsforhold ved å innlede uformelle samtaler med den siktede. Når politiet senere brukte de opplysningene som i tillegg var privat protokollert, var det etter min mening misbruk av det tillitsforholdet som var bygget opp. Det kan anses som svært kritikkverdig og krenkende. Det vil føre til at det blir vanskelig å trekke skillet mellom avhør og en uformell samtale.

Det fremgår av herredsrettens dom side 17 at siktede hadde brevs og besøksforbud under varetekt. Siktede ønsket å møte familien sin eller se på fjernsyn, men ønskene ble ikke etterkommet. Etter at tiltalte hadde tilstått drapet ble det lempet på restriksjonene. Det kan i midlertid diskuteres om dette er i samsvar med strlp § 92 annet ledd. Siktede ble pålagt så mange restriksjoner at det kan virke som, at det eneste formålet med de restriksjonene og uformelle samtalene var å få frem en tilståelse. Med engang tiltalte kom med en tilståelse ble restriksjonene lempet.

Det fremgår av påtaleinstruksen § 8-2 fjerde ledd tredje punktum at det under avhøret ikke må *''forespeiles mistenkte at siktelsens omfang kan påregnes redusert dersom han tilstår''*. I denne saken er det ikke tvil om at siktede fikk inntrykk av dersom han tilsto kunne restriksjonene lempes og forholdene for ham bli lettere.

Det er i strid med saksbehandlingsregler som ligger til grunn i vår straffeprosess og prinsippet om at prosessen skal være hensynsfull overfor siktede. Videre kan det også diskuteres om det er i strid med EMK art 6 selvinkrimineringsforbudet.

---

<sup>39</sup> Ibid s.79

Man skal på ethvert trinn i en straffesak slippe å bidra til sin egen domfellelse. Uformelle samtaler, restriksjonene og forholdene i denne saken kan ha bidratt til at siktede følte seg tvunget til å komme med en tilståelse og bidra til sin egen domfellelse.

Politiets fremgangsmåte førte til Riksadvokaten sendte ut et rundskriv om retningslinjer for etterforskning i etterkant av saken.<sup>40</sup> I rundskrivet ble formålet til etterforskning fremhevet og behandlet inngående. Kravet til protokollering av avhør ble særlig fremhevet.

Det heter i rundskrivet:

*''Men en formløs samtale mellom politimannen og den mistenkte som senere hen uten videre blir nedtegnet i en rapport og utgitt som en forklaring, tilfredsstiller ikke de fordringer til avhørsmåten som er stillet i straffeprosessloven og i påtaleinstruksen''*

Siden Riksadvokaten sendte ut rundskrivet etter Karmøy saken, kan denne uttalelsene ha direkte betydning i forhold til saken. Da det ble gjennomført flere uformelle samtaler mellom politiet og siktede i Karmøy saken. Verdien av et bevis kan svekkes når politiet opptrer på en slik formløs måte. Dette understrekes også av Riksadvokaten i rundskrivet: *''Dertil kommer at en så formløs opptreden fra etterforskerens side vil være egnet til å svekke tilliten til politiavhørene og de metoder politiet betjener seg av.''*<sup>41</sup>

Det er ikke bare straffeprosessuelle regler i norsk rett som setter grenser for fremgangsmåte ved avhør. EMK inneholder også regler som forbyr visse behandlingsformer under avhør. Blant annet fremgår det av EMK art 3 at ingen må utsettes for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.

---

<sup>40</sup> Rundskriv fra Riksadvokaten nr 3/1999 del II,III, og VI.

<sup>41</sup> Ibid. s.9

Bevis og forklaringer som er fremskaffet ved bruk av de grove behandlingsformene vil avskjæres. Etter EMK art 6 vil bevis innhentet på en sãnn måte være uforenlig med kravet til fair trial. Dette har EMD gitt klart uttrykk for.<sup>42</sup>

Saken Harutaunyan mot Armenia (2007) kan være av interesse. Saken gjaldt Harutanyan som avtjente militærtjeneste og ble mistenkt for drap på en soldat. Harutanyan ble torturert til å tilstå drapet. I tillegg ble to andre medsoldater torturert til å peke ut Harutanyan som drapsmann. Alle tre ble truet med videre tortur dersom de endret sin forklaring eller fortalte noen om overgrepene.

Tilståelsen fra Harutanyan og forklaringene til de to andre medsoldatene ble brukt som bevis i straffesak mot Harutanyan, der han ble dømt til 10 års fengsel. Senere da saken kom opp på nytt for, ble det kjent at tilståelsen og forklaringen var frembrakt ved tortur. EMD kom frem til at overgrepene var så alvorlige at de skulle anses som tortur og ikke bare umenneskelig behandling etter artikkel 3.<sup>43</sup>

Forklaringer som var avgitt til etterforskeren i saken, som ikke hadde sammenheng med torturen ble også ansett for å krenke EMK art 6. Det samme gjaldt vitnenes forklaringer. Myndighetenes anførsel om at forklaringer som ikke hadde noen sammenheng med tortur kunne brukes som bevis, førte ikke frem. Det ble lagt til grunn at det faktum at torturen var utført av andre enn de som mottok forklaringene, ikke kunne automatisk bryte årsakssammenhengen mellom tortur og forklaringer.

---

<sup>42</sup> Torgersen (2009) s. 214.

<sup>43</sup> Konvensjonen trådte i kraft for Armenia 26 april 2002 og torturen fant sted før dette. Det kunne derfor ikke konstateres en selvstendig krenkelse av artikkel 3. Det ble pre judisielt lagt til grunn at forklaringene var innhentet gjennom tortur ved vurderingen etter EMK art 6 knyttet opp mot torturbevisene. Selve rettergangen fant sted etter at konvensjonen hadde trådt i kraft. Jf Torgersen (2009) s. 214.

Etter en helhetsvurdering kom EMD frem til at, som følge av torturen og truslene måtte alle forklaringene som inkriminerte Harutanyan anses som avgitt ”as a consequence” av torturen. Forklaringen var ulovlig ervervet og kunne ikke brukes som bevis i saken.

### 3.3.3 Ulovlig avlytting og opptak

Utgangspunktet i norsk strafferett er at den som hemmelig avlytter eller tar opptak av andres samtaler kan straffes jf. strl. § 145a. Begrunnelsen for denne bestemmelsen er at avlytting av samtaler mellom andre er mer inngripende enn når man selv deltar i samtalen.<sup>44</sup>

Når man selv deltar i samtalen får man alle opplysninger på lovlig måte og får ikke kjennskap til de opplysningene som en egentlig ikke har adgang til. Ofte oppstår det situasjoner hvor det er tatt hemmelig opptak av en samtale, og partene ønsker å føre det som bevis i retten. Dersom det er tilfelle vil et slikt bevis i utgangspunktet anses for å være ulovlig ervervet.

Fengselsbetjent dommen i Rt.1999 s.1269 kan tjene som illustrasjonsmaterialet. Påtalemyndigheten benyttet en forklaring opptatt ved bruk av skjult mikrofon og båndopptaker for å få fengselsbetjenten dømt. I lagmannsretten ble beviset ansett for å være ulovlig ervervet og dommen ble opphevet.

EMD har også behandlet lignende problemstillinger jf. Khan saken.<sup>45</sup> Saken gjaldt en mann med navn Khan som var idømt fengsel for innførsel av narkotika til England. Som bevis la påtalemyndighetene frem et lydopptak som var tatt opp ved romavlytting hos en kjenning, hvor Khan hadde tilstått sin deltakelse. Dett var klart i strid med EMK art 8 og beviset ble ansett for å være ulovlig ervervet.

---

<sup>44</sup> Ot.prp. nr. 55 (1997-98) pkt.5

<sup>45</sup> Khan V. The United Kingdom.

Likevel kom EMD frem til at beviset ikke skulle avskjæres. Retten mente at lydopptaket var pålitelig og Khan hadde selv ikke bestridt innholdet i opptaket. Det avgjørende i denne saken var nok at Khan ikke bestridte innholdet i opptaket, dersom Khan hadde gjort det kunne resultatet vært bevisavskjæring.

### 3.4 Oppsummering

Ulovlig ervervet bevis kan ofte være et resultat av en ulovlig etterforskningsmetode, eller en fremgangsmåte som er i strid med gjeldende rett. Ulovligheten kan stamme fra tortur til torturlignende metoder som for eksempel graverende restriksjoner i fengsel. Bevis innhentet i strid med formelle bestemmelser og instruksjoner vil også anses for å være ulovlig ervervet.

”Ulovlig” ervervet bevis omfatter ikke bare bevis som er ervervet i strid med straffebud eller formelle lover, men også bevis som er innhentet i strid med alminnelige ulovfestede prinsipper utviklet i rettspraksis.

Om et bevis som er ulovlig ervervet skal tillates ført eller ikke, beror på en helhetsvurdering og interesseavveining. Man må vurdere samfunnets behov for å bekjempe kriminaliteten på den ene siden, og hensynet til siktedes rettsikkerhet og personvern på den andre siden. Hensynet til fair trial i EMK art 6 vil også være sentral i denne interesseavveiningen.

Selv om et bevis er ulovlig ervervet vil det ikke automatisk føre til bevisavskjæring.<sup>46</sup> Utgangspunktet om fri bevisføring gjelder og ulovlig ervervet bevis. Det er en rekke hensyn og momenter som gjør seg gjeldene i vurderingen om, et ulovlige ervervet bevis skal tillates ført eller avskjæres. Det er dette som er kjernen i avskjæringsvurderingen og vil bli behandlet nedenfor.

---

<sup>46</sup> Jf. Prinsippet om fri bevisførsel.

## 4 I hvilke utstrekning skal ulovlig ervervet bevis avskjæres.

### 4.1 Avskjæringsvurderingen

Som nevnt ovenfor er den klare hovedregelen i norsk rett fri bevisførsel. Det innebærer at alle bevis i utgangspunktet skal tillates ført i retten. Spørsmålet i det følgende er om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført på lik linje med andre bevis, eller om den skal avskjæres etter en helhetsvurdering.

Det fremgår av forarbeidene at hovedregelen bør være at et bevis kan føres til tross for feilen, ” *med mindre lov grunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte. Om dette er tilfellet vil imidlertid ofte kunne stille seg tvilsomt.* ”<sup>47</sup>

Det kan være vanskelig å tolke denne uttalelsen da uttalelsen er litt uklar og kan tolkes på forskjellige måter. Er det slik å forstå at den stiller opp et unntak fra hovedreglene om fri bevisførsel når det gjelder denne type bevis? Gjelder dette selv om feilen har ført til et ulovlig beviserverv? Og ikke minst hvor mye skal egentlig til for at et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres.

Da denne uttalelsen ble gitt i forarbeidene var bevisavskjæringsspørsmålet lite aktuell i norsk rett og uttalelsen ble heller ikke fulgt opp av senere instanser under lovforberedelsen. Spørsmålet om å lovregulere adgangen til å avskjære et ulovlig ervervet bevis ble vurdert i forarbeidene, men straffeprosesslovkomiteen konkluderte med at dette ville være vanskelig og ville belaste loven uforholdsmessig i forhold til den ” *nokså beskjedne praktiske betyd-*

---

<sup>47</sup> innstilling av 1969, s. 198 kapittel 9.



ning problemet har hos oss ”.<sup>48</sup> Man overlot derfor spørsmålet til praksis og teori for å finne løsningen.<sup>49</sup>

Løsningen som er utviklet i rettspraksis og juridisk teori, går ut på at spørsmålet om avskjæring av bevis på ulovfestet grunnlag, skal avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Det må i denne vurderingen legges vekt på de prinsipielle hensynene som gjør seg gjeldene og forholdene i den konkrete sak.<sup>50</sup>

Det vi med sikkerhet kan utlede ut ifra uttalelsen i forarbeidene, er at ikke enhver ulovlighet bør føre til avskjæring. Dette synspunktet støttes også i juridisk teori.<sup>51</sup> Partene har i utgangspunktet rett til å legge frem bevis som er ulovlig ervervet, avskjæring av bevis vil kreve en særskilt begrunnelse. Dette synet støttes i rettspraksis blant annet i Rt.1991 s.616 hvor det går frem på side 623: ” *Som kjent er det ikke slik at ethvert ulovlig bevis skal nektes ført. Spørsmålet er ikke lovregulert, men forarbeidene til straffeprosessloven forutsetter at avgjørelsen må treffes ut fra en konkret bedømmelse, se særlig Straffeprosesslov komitéens innstilling side 197.*”

I norsk rett har den rettslige tradisjonen vært at det må mye til for å få medhold i bevisavskjæring. Prinsippet om fri bevisførsel har vært strukket langt i Norge. Hovedinntrykket ut ifra de foreliggende avgjørelsene er, at det må mye til for at bevis skal avskjæres.

Treholt saken fra 1992 som er nevnt flere ganger ovenfor kan også illustrere dette. Penger og fotografi var ulovlig ervervet av politiet ved hemmelig ransaking. Selv om ransaking ble gjennomført i strid med reglene for ransaking, mente Høyesteretts kjæremålsutvalg at det ikke var noe feil i at bevisene ble ført

---

<sup>48</sup> Kostveit, Forskning om økonomisk kriminalitet s. 45.

<sup>49</sup> Inst 1969 s. 197

<sup>50</sup> Rt.2000 s 1345 side 1348.

<sup>51</sup> Festskrift til Carsten Smith, Rettsteori og rettsliv, s 961 ( Jørgen Aall)

Bevisene ble brukt for å dømme Arne Treholt, ulovlig ransaking og beviserverv var ikke tilstrekkelig for å få medhold i kravet om bevisavskjæring. Det ble lagt vekt på oppklaringshensynet for det, var et stort behov for oppklaring i saken.

En annen dom som også kan belyse dette er inntatt i Rt.1948 s. 46 fra kjølevannet av andre verdenskrig. Rettslige problemstillingen i saken var om politiforklaringer fra de siktede skulle ha vært avskåret på grunn av måten de var innhentet på. Politiet hadde fremtvunget tilståelser fra de tiltalte som var siktet for drap. Politiet hadde blant annet kjørt de tiltalte til gjerningsstedet midt på natten for å fremme utrygghet og uhygge. Høyesterett karakteriserte dette som en fremgangsmåte med preg av en terroraksjon og uttalte videre på side 49: '' *Og den hele aksjon synes preget av et syn på strafferettspleien som er fremmed for norske rettsbegreper, og som ikke i vårt land må tåles''*.

Selv om saken i utgangspunktet handler om opplesning av politiforklaringer er den av interesse i den forstand at dommen illustrerer, at det må mye til for å avskjære bevis basert på læren om ulovlig ervervet bevis. Høyesterett kritiserte politiets fremgangsmåte og mente at det var feil av retten å tillate opplesning av forklaringen, men det fikk ingen konsekvenser. Høyesterett la til grunn at det ikke var sannsynlig at de feil som ble begått gjennom opplesning av politiforklaringene kunne ha vært bestemmende for dommens innhold.

Det er viktig at avgjørelsen tolkes i lys av at saken handlet om et «landssvikeroppgjør» like etter annen verdenskrig og de siktede var tiltalt for drap på en person som hørte til motstandsbevegelsen. Dommen har vekket oppsikt og også blitt gjenstand for kritikk i juridisk teori, blant annet av Jørgen Aall.<sup>52</sup>

Som vi har sett hittil er det strenge krav til bevisavskjæring. I norsk rett står prinsippet om fri bevisføring sterkt og vi har sett eksempler fra rettspraksis, som viser at ulovlig ervervet bevis føres på lik linje med andre bevis i retten. Det er imidlertid viktig å se de to oven-

---

<sup>52</sup> Ibid. s.962.

nevnte avgjørelsene i lys av at begge omhandlet alvorlige forbrytelser. Oppklaringshensynet veiet tungt i de sakene. Siden begge sakene har en spesiell karakter, kan vi ikke konkludere noe sikkert. Det kan være vanskelig å trekke et standpunkt ut fra disse avgjørelsene.

Dernest oppstår spørsmålet hva avskjæringsvurderingen egentlig går ut på, og hva er det som skal vektlegges i en slik vurdering? Svaret på dette spørsmålet må søkes i rettspraksis og juridisk teori. Blant annet uttaler førstvoterende i Rt.1999 s. 1269 (Fengselsbetjentdommen) på side 1272 at: *‘Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining.’*

Med rettsbrudd menes det at det avgjørende er om ulovligheten krenker de hensyn som bevissikringssranken beskytter. Videre må man se på om bruken av beviset vil innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse av de hensynene.<sup>53</sup>

I Rt.1991 s. 61 (gatekjøkken kjennelsen) uttaler Høyesterett om avskjæringsvurderingen at, *‘avgjørelsen må treffes ut fra en konkret bedømmelse’* Det må ved denne bedømmelsen *‘legges vekt på både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak’*,<sup>54</sup>

Sett i lys av rettspraksis deler Høyesterett avskjæringsvurderingen i to ledd. For det første må man vurdere om føringen av beviset vil representere en gjentatt eller fortsatt krenkelse. Det innebærer at man må ta stilling til om beviset som føres, vil være en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som fant sted ved beviserverv.

---

<sup>53</sup> Øyen ,tidsskrift lov og rett nr 07/2010.

<sup>54</sup> Kostveit 1995 s. 45.

Hvis det ikke skulle være tilfellet, må man gå videre og foreta en helhetsvurdering, en interesseavveining. Det er under denne delen av avskjæringsvurderingen at man må legge vekt på prinsipielle hensyn og momenter i den konkrete sak.

Spørsmålet om gjentatt eller fortsatt krenkelse må regnes som en hovedregel. Dette støttes av ovennevnte dom Rt.1999 s. 1269 hvor Høyesterett uttaler på side 1272: *''I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført»* (Min utheving).

Det betyr at man i avskjæringsvurderingen alltid må vurdere om bevisføringen vil representere en gjentatt eller fortsatt krenkelse, av samme karakter som den fant sted ved beviservervet. I rettskildene bruker man forskjellige ord og uttrykk for den samme betydningen, blant annet '' forsterket'' eller '' fornyet'' krenkelse. Språklig sett må alle disse uttrykkene tolkes som om det er tale om likartede krenkelser ved bevisføringen som ved beviservervet.

55

Jeg vil videre omtale gjentatt eller fortsatt krenkelse med en felles betegnelse som '' gjentatt krenkelse'' eller '' gjentakelseskriteriet''

I vil i det følgende se nærmere på gjentakelseskriteriet og deretter se på helhetsvurderingen og interesseavveiningen i avskjæringsvurderingen.

---

<sup>55</sup> Torgersen (2009) s. 136

## 4.2 Gjentakelseskriteriet

Gjentakelseskriteriet er et av de viktigste momentene i avskjæringsvurderingen. Fengselsbetjentdommen er et godt eksempel på at gjentakelsesmomentet tillegges størst vekt i avskjæringsvurderingen da beviset *'' normalt skal nektes ført ''* dersom bevisføringen vil innebære en gjentatt krenkelse.

Etter fengselsbetjentdommen har gjentakelsesmomentet vært et viktig moment i saker om bevisavskjæring.<sup>56</sup> I Rt.2006 s. 582 er uttalelsen fra fengselsbetjent dommen gjengitt og Høyesterett støtter denne uttalelsen med å si at det er *'' en treffende oppsummering av rettstilstanden. ''*<sup>57</sup>

Ut ifra det kan vi oppstille en hovedregel om at bevis som representerer en gjentatt krenkelse må avskjæres. Men denne hovedregelen er ikke uten unntak. Det fremgår av telefonopptak kjennelsen inntatt i Rt.1997 s 795 at det kan tenkes tilfeller der hensynet til sakens opplysning veier så tungt at man kan avvike hovedregelen og føre bevis selv om det vil utgjøre en krenkelse. I midlertid må avgjørelsen ses på bakgrunn av at det er en sivilrettslig sak og andre hensyn kan gjøre seg gjeldene i straffesaker. Likevel kan en ikke utelukke at Høyesterett i en alvorlig straffesak vil tillate bevisføring, selv om det innebærer en gjentatt krenkelse.

Gjentakelsesmomentet er også behandlet i juridisk teori blant annet av Andenæs. Han berørte momentet i 1962 da han skrev at man ved eventuell bruk av opplysninger som er kommet til politiets kunnskap som følge av rettsbrudd *'' ikke kan si at skaden allerede har*

---

<sup>56</sup> Se Rt.2004 s. 858 og Rt.2003 s. 549.

Før fengselsbetjent dommen, ble gjentakelseskriteriet også drøftet i Rt.1997 s. 1778, men da fikk det ingen gjennomslag fordi de aktuelle bevisene sto i et avledet forhold til den ulovlighet som var begått under etterforskningen.

<sup>57</sup> Se Rt.2006 s.582 avsnitt 22.

skjedd'' ved beviservervet. Ved bruk av beviset under hovedforhandlingen '' ville bety å gi den forrådte betroelse en ytterligere utbredelse''<sup>58</sup>

Videre trekker Andenæs inn momentet som en begrunnelse for at ulovlige lydbåndopptak burde nektes ført som bevis. Han mener at dette vil innebære '' en fortsettelse av den ulovlige utspioneringen av privatlivet som selve opptaket betegner''<sup>59</sup>. Skoghøy mener momentet kan være strukturerende for læren om bevisavskjæring med henvisning til Rt.1999 s. 1269.<sup>60</sup>

Kort oppsummert kan man si at det ikke finnes noen absolutt hovedregel om avskjæring av bevis ved gjentatt krenkelse. Uttalelsen i fengselsbetjent dommen '' *i tilfeller hvor føringen av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført*'' , må presiseres og tolkes slik at Høyesterett holder muligheten åpen for unntak fra denne hovedregelen. Videre vil det alltid foretas en interesseavveining.

På den andre siden viser rettspraksis at det må mye til for at et bevis som representerer en gjentatt krenkelse skal tillates ført.<sup>61</sup>

#### 4.2.1 Vurderingstema i gjentakelseskriteriet

Etter fengselsbetjentdommen kan man oppstille vurderingstemaet i gjentakelseskriteriet som at krenkelsen må være en fortsettelse av det rettsbruddet som ble begått under beviserverv. Det er ikke lett å forstå hvilke krenkelser det her tas sikte på.

---

<sup>58</sup> Andenæs straffeprosessen i første instans s. 337 jf. Torgersen (2009) s. 139.

<sup>59</sup> Ibid. s.339-340

<sup>60</sup> Skoghøy, tvistemål s. 655

<sup>61</sup> Torgersen (2009) s. 137-138.

Torgersen mener at dersom man ser et «rettsbrudd» som overtredelse av en rettslig norm, vil bevisføringen i seg selv vanskelig tenkes å være en handling direkte i strid med den ervervelse normen som er krenket. I realiteten vil det i et slikt tilfelle være at man står overfor en norm som også regulerer adgangen til bevisføring uttrykkelig, dvs. et bevisforbud.<sup>62</sup>

Jeg deler samme oppfatning som har kommet frem i juridisk teori og mener at det vanskelig kan være vurderingstemaet. Derimot må vurderingstemaet være å vurdere, om de interesser den krenkede ervervsnormen skal beskytte også krenkes ved bevisføringen. Dette vurderingstemaet er mer forenlig med de begrunnelser som blir fremsatt for bevisforbud for ulovlig ervervet bevis. Blant annet direkte vern av de interessene som en krenket ervervsnorm skal beskytte.

Andre knytter gjentakelseskriteriet til disiplineringshensynet og hensynet til domstolenes anseelse i juridisk teori og mener at slike bevis ikke bør tillates ført.<sup>63</sup> Sett fengselsbetjent dommen i lys av dette synspunktet, kan det hevdes at bevisavskjæring i saken var utslag av disiplineringshensynet. Men hovedbegrunnelsen bak bevisavskjæringen var nok brudd på selvinkrimineringsprinsippet som står sterkt i norsk straffeprosess.

Vi kan illustrere med et eksempel på hva gjentatt krenkelse kan innebære. Dersom man tvinger noen med vold for å tilstå en kriminell handling og tar det opp på lydbånd, vil det foreligge en krenkelse på selvinkrimineringsvernet. Dersom man tillater dette lydbåndet ført vil det representere en fortsettelse av krenkelsen. Et eksempel hvor bevisføring ikke vil representere en gjentatt krenkelse føring av ulovlig bevis innhentet under en ransaking.

Ransakingsreglene har en side til vern om privatsfæren å beskytte informasjon om huslig forhold. Ved ulovlig ransaking blir interessene krenket, men de bevis som politiet finner og

---

<sup>62</sup> Ibid s. 140.

<sup>63</sup> Se blant annet Aall (1995) s. 308

føringen av dem vil ikke krenke de samme interessene. Dermed vil det ikke representere en gjentatt krenkelse i et slikt tilfelle.

Det kan videre stilles et spørsmål om gjentatt krenkelse skal vurderes subjektiv eller objektivt. Enkelte uttalelser i teori og rettspraksis kan tolkes som om det skal foretas en subjektiv vurdering hvor man må se på om den som har fått sine rettigheter krenket ved beviservervet vil 'føle eller oppfatte' bevisføringen som en ny krenkelse.

Blant annet i gatekjøkkenkjennelsen<sup>64</sup> uttaler Høyesterett at vurderingen må bero på om føringen av beviset vil '' oppfattes som en ny krenkelse''. Det taler i retning av at man skal foreta en subjektiv vurdering. I juridisk teori er enkelte uenig i dette synspunktet og mener at en subjektiv vurdering kan medføre praktiske problemer. Dersom man skal foreta en subjektiv vurdering vil bevisføring alltid kunne oppleves som en ny krenkelse og bevisføringen vil være et snevert unntak.<sup>65</sup>

Jeg er enig i dette og mener at vurderingstema i gjentakelseskriteriet vanskelig kan være en subjektiv. Høyesterett har heller ikke i noen andre rettsavgjørelser kommet med noen uttalelser om at vurderingen skal være subjektiv.

Derimot fremgår det av Rt.1999 s. 1269 (Fengselsbetjent dommen) at vurderingstemaet må være objektiv. Høyesterett knytter den objektive vurderingen til om bevisføringen vil '' representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet''. I lys av denne avgjørelsen mener jeg at synspunkt som er lagt til grunn i juridisk teori må være riktig, slik at vurderingen skal gjøres objektivt.

---

<sup>64</sup> Rt.1991 s. 616 side.624

<sup>65</sup> Torgersen s. 141



## 5 Helhetsvurderingen

Dersom retten kommer frem til at bevisføringen ikke representerer en gjentatt krenkelse vil bevisavskjæring bero på en helhetsvurdering. I denne helhetsvurderingen er det ulike hensyn jf. pkt 1.4 som vil gjøre seg gjeldende. Videre må hensynene veies opp mot hverandre. I denne interesseavveining vil konkrete momenter i den enkelte sak påvirke vektleggingen av hensynene.<sup>66</sup>

Jeg vil først gjøre rede for de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldene i denne helhetsvurderingen og deretter ta for meg de konkrete momentene som kan virke inn på spørsmålet om bevisavskjæring.

### 5.1 Grunnleggende hensyn

#### 5.1.1 Hensynet til sakens opplysning

Det er et mål i norsk rett at retten gjennom bevisføringen skal treffe et riktig resultat og komme nærmest mulig ” den materielle sannhet”.<sup>67</sup> Målet om å komme nærmest mulig den materielle sannheten er også kommet til uttrykk i strlp. § 294, hvor det heter at dommere skal ”våke over at saken blir fullstendig opplyst”.<sup>68</sup>

Prinsippet om fri bevisførsel kan dermed begrunnes med hensyn til å treffe riktige avgjørelser. For å treffe en riktig avgjørelse og få et riktig bilde av hva som har skjedd vil alle opplysninger være relevant som bevis. Gjennom bevisføringen kan fortiden rekonstrueres.

---

<sup>66</sup> Kostveit s. 59

<sup>67</sup> Aall (1995) s.300.

<sup>68</sup> Kostveit s. 53

Imidlertid er det ikke mulig å rekonstruere hendelsesforløpet akkurat slik den fant sted, men en kan danne seg et bilde av de faktiske forholdene. Strlp § 294 kan dermed ikke tas helt på ordet, formålet med bestemmelsen er først og fremst å danne et bilde av de faktiske forhold i fortiden, som mest mulig korrekt.<sup>69</sup>

Med et slikt formål vil hensynet til sakens opplysning alltid tale for at bevis skal tillates ført. Straffeprosesslovkomiteen anfører i forarbeiderne at oppklaring av saken skal anses som et relevant hensyn<sup>70</sup>. Med andre ord vil dette hensynet veie tungt i helhetsvurderingen. Det samme kommer til uttrykk i Rt.1991 s. 616 (gatekjøkkenkjennelsen) hvor Høyesterett sier, at det særlig er hensynet til sakens opplysning som taler for at beviset skal føres.

Sammenlignet med komparativ rett, som for eksempel amerikansk rett, vil man ikke finne noen prinsipp om at domstolens viktigste oppgave er å komme nærmest mulig den materielle sannheten. Utgangspunktet i amerikansk rett er det motsatte. Her finner man prinsippet om den «prosessuelle» sannhet som skal fastslås gjennom bevisføringen. Det innebærer at selv om et ulovlig ervervet bevis gir uttrykk for den materielle sannhet, vil den bli gjenstand for bevisavskjæring, dersom den er ervervet i strid med prosessuelle regler.

Den amerikanske konstitusjonen gir siktede flere rettigheter enn det som følger av norsk rett og konstitusjonen påberopes flittig til støtte for bevisavskjæring av ulovlig ervervet bevis.

I Storbritannia er utgangspunktet i Common Law at alle relevante bevis skal føres. Det er likevel utviklet en lære om bevisføring med en del unntak fra utgangspunktet om fri bevisførsel. Det har også senere blitt gitt lovregulert adgang til avskjæring av ''unfair evidence''.

---

<sup>69</sup> Ibid. s. 53

<sup>70</sup> Innstilling 1969.

Hvilke vekt hensynet til sakens opplysning har, vil variere fra sak til sak. Det vil være avhengig av de konkrete momentene som gjør seg gjeldene i vurderingen. Det kan for eksempel være mindre betenkelig å tillate et bevis som er innhentet i strid med en forskrift, enn å tillate et bevis som er i strid med selvinkrimineringsvernet.

Hvilke vekt hensynet til sakens opplysning har i forhold til andre hensyn vil være avhengig av omstendighetene og forholdene i den enkelte sake. Om dette uttaler Høyesterett i Rt. 1997 s. 795 at dersom et lydbånd inneholder så vesentlige opplysninger som man ikke kan få belyst på noen annen måte, må personvernensyn settes til side for hensynet til sakens opplysning.

Dommen kan tolkes i retning av at hensynet til sakens opplysning veier tungt og kan være avgjørende i enkelte saker.

### 5.1.2 Hensynet til tiltaltes integritet

Et annet hensyn som kommer inn under helhetsvurderingen er hensynet til tiltaltes integritet. Integritet kan oversettes med helhet, uskaddhet og ukrenkelighet.<sup>71</sup> Personlig integritet innebærer vern mot legemlige og psykiske integritetskrenkelser og krav på respekt, verdighet selvbestemmelsesrett og alminnelig personvern.<sup>72</sup>

Hensynet til tiltaltes integritet er en del av tiltaltes rettssikkert i form av beskyttelse mot overgrep. Og Hensynet til personlig integritet er en del av rettighetene i EMK. Grunnloven § 102 jf. § 96 har også regler til vern for den personlige integriteten.

---

<sup>71</sup> Kostveit s. 55

<sup>72</sup> Boe, Innføring i juss bind 2 (1993) s. 515.

Hensynet til tiltaltes integritet taler for at bevis skal avskjæres. Eksempelvis kan det tenkes at føring av beviset vil være en fortsatt eller ytterligere krenkelse av tiltaltes integritet. Det kan være personopplysninger som er innhentet på en krenkende måte, som for eksempel personopplysninger i en legejournal eller andre opplysninger som er betrodd til noen i deres yrke. Strlp. § 119 setter imidlertid et forbud mot fremleggelse av denne typen bevis som kan krenke taushetsplikten og den tiltaltes integritet.

I gatekjøkkenkjennelsen ble hensynet til tiltaltes integritet tillagt avgjørende vekt for å fastslå at beviset var ulovlig ervervet, og for bevisavskjæring. I denne saken var det snakk om en alvorlig integritetskrenkelse, hemmelig videoopptak på arbeidsplassen for å fastslå underslag foretatt av en ansatt. Føring av beviset ville innebære en ny krenkelse og krenke tiltaltes integritet.

Avgjørelsen viser at hensynet til tiltaltes integritet kan være relevant i avskjæringsvurderingen.<sup>73</sup>

### 5.1.3 Disiplineringshensynet

Med mulighet for å avskjære bevis, kan domstolene motvirke at politiet tar i bruk ulovlige fremgangsmåter ved beviserverv. Hensynet til å motvirke ulovlige myndighetshandlinger er viktig for at politiet skal se at ulovligheten deres blir sanksjonert. Formålet er at slike ulovligheter ikke gjentas på senere tidspunkt.

Likevel blir disiplineringshensynet ikke tillagt særlig vekt, verken i forarbeidene eller rettspraksis. Imidlertid argumenteres det for at alternative sanksjoner bør benyttes fremfor bevisavskjæring. Juridisk teori støtter bevisavskjæring som sanksjon mot slike ulovligheter

---

<sup>73</sup> Rt.1991 s.616.

begått av politiet. Et viktig argument for dette er at dersom politiets ulovligheter blir oversett, kan det indikere på at Norges lover ikke gjelder for politiet.<sup>74</sup>

Jeg er enig i dette synspunktet. Dersom offentlige myndigheter, spesielt politiet begår ulovligheter, kan det ha negativ virkning og oppmuntre andre beviserververe til å gjøre det samme. Et annet argument som kan støtte dette synspunktet er at dersom offentlig myndigheter bruker ulovlig fremgangsmåte vil slike krenkelser ofte oppleves verre, og allmennhetens tillit vil svekkes.

Disse argumentene taler for at disiplineringshensynet skal tillegges vekt ved bevisavskjæring. Det gir også Høyesterett uttrykk for i gatekjøkkenkjennelsen fra 1991. Her ble disiplineringshensynet tillagt vekt og kjæremålsutvalget uttalte at man ved å skjære beviset ville ”*motvirke denne form for krenkelser*”, og dersom slike bevis skulle tillates ført ville det ”*medføre risiko for en mer utstrakt bruk av hemmelig opptak også i andre tilfeller*”.<sup>75</sup>

I denne saken var det ikke politiet som innhentet bevis, men problemstillingen og hensynets relevans vil etter min mening være det samme, også i en straffesak.

#### 5.1.4 Hensynet til allmenhetens rettsfølelse

Hensynet til allmennhetens rettsfølelse vil være relevant i avskjæringsvurderingen. Med rettsfølelse sikter man til å vurdere den innstilling allmenheten har, altså ”folk flest”.<sup>76</sup> Det er litt vanskelig å vite hvilke innstilling folk flest har, men en kan si at det kan virke støtende for allmennheten dersom en håndhever av gjeldende rett skal tillate ulovlig bevis ført.

---

<sup>74</sup> Brøbech (2003) s. 21

<sup>75</sup> Rt.1991 s.616, side 623.

<sup>76</sup> Kostveit s. 58

Det kan medføre at tilliten og domstolenes anseelse blir svekket. Det fremgår blant annet av straffeprosesslovkomiteens innstilling, at når et ulovlig ervervet bevis tillates ført kan det oppfattes støtende, i alle fall når det er snakk om *'' grove brudd på gjeldende regler''*.

Det kan imidlertid også tenkes det motsatte i noen tilfeller. Eksempelvis i de tilfeller domstolen avskjærer avgjørende bevis i en sak som allmennheten har stor interesse i.

I Treholt kjennelsen fra 1992 mener kjæremålsutvalget at motforestillingene mot å legge frem bevis knytter seg til at det vil virke støtende om rettsvesenet benytter seg av materialet som er ulovlig innhentet. Også i Rt.1991 s. 616 gatekjøkkenkjennelsen sier retten at det vil kunne *'' virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillatt brukt''*

De overnevnte dommene viser at hensynet til allmenhetens rettsfølelse er relevant. Vi ønsker ikke et samfunn hvor domstolene ikke har allmennhetens tillit. Det er ikke enkelt å ta stilling til dette hensynet, da man aldri kan være sikker på hva allmenheten mener og føler. Derfor bør man i utgangspunktet være forsiktig med å vektlegge dette hensynet i stor grad.

Selv om bevisføringen ikke representerer gjentatt krenkelse, kan retten likevel etter en interesseavveining av hensynene nekte et bevis ført. For at det norske prosess-systemet skal virke godt i praksis, og det skal treffes flest mulige riktige avgjørelser må de relevante hensynene ivaretas og tas med i avskjæringsvurderingen.

Hvor relevant de ulike hensynene er i avskjæringsvurderingen, varierer med de konkrete momentene i den enkelte sak. I det følgende vil jeg se på hvilke konkrete momenter som er mest relevant i avskjæringsvurderingen og prøve å antyde hvordan de påvirker vektlegging av hensynene. De enkelte momentene vil bli behandlet hver for seg.

## 5.2 Konkrete momenter i helhetsvurderingen

### 5.2.1 Bevisets verdi og vekt

Med bevisets verdi mener man bevisets pålitelighet som uttrykk for den materielle sannhet<sup>77</sup>. Påliteligheten til et bevis kan svekkes ved at den er innhentet på en ulovlig måte. For eksempel vil en forklaring som er innhentet ved vold og trusler være mindre pålitelig, enn om den hadde vært avgitt av egen fri vilje.

Høyesterett har i en rekke avgjørelser uttalt at ulovlig ervervet bevis kan avskjæres dersom ”beviset er lite å stole på”.<sup>78</sup> I de tilfellene bevisets pålitelighet er svekket på grunn av ulovlig beviserverv vil man ikke komme nærmere den materielle sannheten ved å føre den. Hensynet til sakens opplysning og muligheten for at retten skal treffe flest riktige avgjørelser taler for at slike bevis avskjæres.

I Treholt kjennelsen ble det argumentert for at beviset skulle tillates ført fordi bevisets pålitelighet ikke var svekket, selv om den var innhentet ved ulovlig ransaking. Kjæremålsutvalget uttalte at argument mot å føre bevis innhentet ved ulovlig ransaking ikke først og fremst knyttet seg til bevisverdien, men til at det kunne virke støtende å benytte seg av beviset. Retten kom frem til at tilsidesettelsen av ransakingsreglene ikke hadde hatt innvirkning på bevisets verdi<sup>79</sup>

I Rt 2004 s. 858 kom Høyesterett også inn på bevisets pålitelighet i vurderingen av om et bevis skulle tillates ført. I denne saken hadde politiet foretatt et avhør av en 16 år gammel gutt uten å varsle vergen. Selv om det var foretatt ulovlig avhør kom retten frem til at den-

---

<sup>77</sup> Ibid s. 59

<sup>78</sup> Rt 2004 s. 858 avsnitt 18 og Rt 2003 s. 549 avsnitt 17

<sup>79</sup> Rt 1992 s. 698

ne ulovligheten ikke hadde hatt noen innvirkning på beviset pålitelighet og beviset kunne tillates ført.

Høyesterett uttaler at selv om vergen er til stede er det ikke vergens forklaring som skal opptas. Det er uansett den mindreåriges forklaring som er av interesse. Det som er av interesse for oppgavens tema er at, Høyesterett gir uttrykk for at den faktor at avhøret er foretatt ulovlig uten verge til stede, vil ha en betydning og hensyn tas under vektlegging av beviset.<sup>80</sup>

I Rt.1994 s.1139 var det også spørsmål om avskjæring av bevis på grunn av tvil om riktigheten av en forklaring. Høyesterett mente at det var et forhold som retten kunne ta i betraktning ved bevisbedømmelsen. Det innebærer at retten kan tillate et ulovlig ervervet bevis ført og heller kompensere for dette, ved at beviset tillegges lavere vekt. Det synspunktet ble også trukket frem i amnesti saken inntatt i Rt 1994 s. 698. Også i denne saken legger Høyesterett til grunn at manglende pålitelighet ikke nødvendigvis må resultere i bevisavskjæring, men at det kan tas med i vurderingen av hvor stor vekt beviset skal tillegges.

I gatekjøkkenkjennelsen kom ikke Høyesterett inn på opptakets bevisverdi, selv om det kunne ha vært gjenstand for drøfting i denne saken. En årsak til at retten ikke kom inn på det kan være at det ikke var avgjørende i forhold til andre hensyn som klart talte for bevisavskjæring.

De ovennevnte avgjørelsene viser at beviset verdi er et relevant moment i avskjæringsvurderingen, men man kan vanskelig si at lav bevisverdi alene er en tilstrekkelig grunn for bevisavskjæring. Den tiltalte kan ikke påberope seg at bevisene mot ham er svekket som følge av rettsbrudd. Det kan likevel i noen tilfeller tenkes at bevisets pålitelighet alene kan være tilstrekkelig for bevisavskjæring. For eksempel hvor forklaringen er innhentet ved tortur. Det kan være at den tiltalte har bare tilstått for å slippe videre tortur, og den materi-

---

<sup>80</sup> Rt 2004 s. 858 avsnitt 20.



elle sannheten gir uttrykk for han egentlig er uskyldig. Det må imidlertid legges til grunn at slike tilfeller oppstår veldig sjeldent hos oss.

Det er som nevnt tidligere hensynet til sakens opplysning som påvirkes av bevisets verdi og vil være et relevant moment ved bevisavskjæring. Momentet er i midlertidig problematisk å håndtere i praksis, da det vanskelig kan sies noe pålitelig om grad av upålitelighet.<sup>81</sup> Vurderingen vil konkret avhenge av hvilken type ulovlighet som har funnet sted, beviset selv og bevissituasjonen.

Et annet moment som har nær sammenheng med bevisets verdi er bevisets vekt. Med bevisets vekt mener man hvor avgjørende et bevis er for avgjørelsen av skyldspørsmålet. Ofte er det slik at et bevis kan gi noen opplysninger, men er ikke nødvendig for å treffe en forsvarelig avgjørelse. I praksis vil det sjelden forekomme at det blir ført et bevis som ikke er nødvendig for domfellelse. En årsak til dette kan være at politiet og påtalemyndigheten ikke ønsker å føre et bevis som ikke er nødvendig for domfellelsen, dersom det er begått ulovligheter under etterforskningen.

Bevisets vekt vil også være viktig når man skal vurdere om føringen av et ulovlig ervervet bevis er i strid med EMK art 6 kravet til fair trial. Det har kommet til uttrykk i Schenk dommen.<sup>82</sup> Saken gjaldt bruk av at et ulovlig opptak av en telefonsamtale som bevis i en straffesak. Spørsmålet var om føringen av beviset ville være i strid med kravet til rettfærdig rettergang etter EMK art 6.

EMD kom frem at føringen av beviset ikke var i strid med EMK. Som et argument for å tillate beviset, uttalte EMD at beviset var bare et av flere bevis mot tiltalte.

---

<sup>81</sup> Torgersen (2009) s. 175

<sup>82</sup> Schenk mot Sveits, avsnitt 48.

EMDs uttrykk tyder på at opptaket av telefonsamtalen var et nødvendig men ikke tilstrekkelig bevis for å fastslå skyld. Etter en tolkning av dommen, kan man legge til grunn at jo avgjørende et bevis er for skyldspørsmålet desto lettere er det at føringen av beviset vil anses som en krenkelse av kravet til rettferdig rettergang. På en annen side kan hensynet til sakens opplysning tilsi at beviset skal tillates ført dersom det er det eneste beviset i saken. I et slikt tilfelle må man se på andre konkrete momenter og omstendighetene i saken som kan gi veiledning.

Det kan være grunn til å være skeptisk til å tillate bevis som har svekket bevisverdi og kan bli tillagt stor vekt fordi det er få bevis i saken. Det kan bli vanskelig å si noe konkret om hvilken vekt man tillegger forskjellige bevis i en sak og det kan bli enda vanskeligere dersom man må tillegge lavere vekt enn det man hadde tiltenkt.

### 5.2.2 Det ulovlige beviservervets karakter

Dersom et bevis er ulovlig ervervet vil ulovlighetens art være av betydning. Grovheten av krenkelsen vil være et viktig moment i avskjæringsvurderingen. Det avgjørende i vurderingen blir hvilke interesser som er krenket og om de er krenket forsettlig eller uaktsomt. Den forsettlige krenkelsen må normalt anses for mer alvorlig enn den uaktsomme og ifølge rettspraksis vil noen krenkelser stå sterkere enn andre, som for eksempel krenkelse på personvern og privatlivets fred.<sup>83</sup>

Som nevnt i punkt 3.2 har vi de klareste tilfellene av ulovlig beviserverv når et bevis er innhentet i strid med formell lov. Men det kan også foreligge grove brudd på ulovfestede rettsnormer. Selv om brudd på formell lov ikke er en tilstrekkelig grunn for bevisavskjæring av "ulovlig ervervet" bevis, vil arten og alvorlet av bruddet være et viktig moment ved avskjæringsvurderingen. Spesielt dersom det er ervervet bevis i strid med en lovbestem-

---

<sup>83</sup> fengselsbetjentdommen Rt 1999 side 1269.

melse som fastsetter straffesanksjon, for det kan si noe om viktigheten av den interessen som blir krenket og hvilken karakter den har. At en fremgangsmåte er i strid med loven og i tillegg straffbar kan kaste lys over at lovgiveren har ansett handlingen som graverende og straffverdig.

### 5.2.3 Alvorlighetsgraden av tiltaltes lovbrudd

Alvorlighetsgraden av tiltaltes lovbrudd er også et relevant moment i helhetsvurderingen. Dette momentet har retten tatt stilling til i flere avgjørelser.<sup>84</sup> Man vil ofte tro at et ulovlig ervervet bevis lettere kan bli tillatt ført i alvorlige saker enn i mindre alvorlige saker. I utgangspunktet er det slik at tiltaltes lovbrudd ikke kan være et avgjørende moment ved ulovlig beviserverv, men høyesterett har i Rt 1994 s. 1139 sagt at det generelt bør kreves sterkere grunner for bevisavskjæring i alvorlige saker. Jeg er enig med Høyesteretts synspunkt, jo mer alvorlig en siktelse er, desto mer betenkelig vil det være å avskjære bevis spesielt hvis det er fare for at gjerningsmannen kan begå nye alvorlige forbrytelser.

Sett det fra et annet synspunkt mener jeg samtidig at dette momentet ikke bør være helt avgjørende i en sak. Dersom det skulle være tilfelle, kan det gå utover rettsikkerheten til tiltalte ved at han kan bli torturert og tvunget til å tilstå sin skyld.

Man kan i et slikt tilfelle spørre hvor legitimt det er at man i en alvorlig sak godtar at et ulovlig ervervet bevis tillates ført, et bevis som ellers ville ha vært avskåret i en mindre alvorlig sak. Er dette rettferdig? Spesielt med tanke på at det er i særlige alvorlige straffesaker at det forekommer regelbrudd under etterforskningen. Synspunktet i juridisk teori er at det derfor er rimelig å anta at behovet for beskyttelse av de interesser som vernes av

---

<sup>84</sup> Se Rt 2004 s.878 og Rt 1992 s. 698. I den siste avgjørelsen uttaler Høyesterett at alvorlighetsgraden av tiltaltes lovbrudd er et moment av ”vesentlig betydning”.

den krenkede ervervsnormen og disiplinering av politi og påtalemyndigheten er særlig stort i straffesaker.<sup>85</sup> Jeg er enig dette synspunktet og mener at utfordringen ligger i å finne en balanse mellom tiltaltes rettssikkerhet og hensynet til sakens opplysning.

#### 5.2.4 Betydning av om et bevis er i siktedes favør eller disfavør

I en sak vil rettens viktigste oppgave være å treffe en riktig avgjørelse slik at ingen uskyldig blir dømt. Retten gjør store anstrengelser for å unngå å treffe uriktige domfellelser og straffedømme uskyldige. Det er et av de viktigste formålene bak straffeprosessens strenge beviskrav og taler for å legge vekt på om et bevis er i siktedes favør eller disfavør når det tas stilling til bevisføringsadgangen. I praksis er det slik at bevis som er i siktedes favør som kan virke frifinnende, tillates ført i større grad enn bevis som taler i disfavør.

Bratholm mener at det i praksis vil være vanskelig å utelukke et ulovlig ervervet bevis som går i siktedes favør. Det bør iallfall ikke skje i en sak hvor siktede dømmes for en handling som han ellers ville ha blitt frifunnet for.<sup>86</sup> Jeg antar, i tråd med Bratholms tilnærming at det i et slikt tilfelle bare helt unntaksvis vil være snakk om å avskjære et bevis som taler i siktedes favør. Hensynet til tiltalte vil stå sterkere enn andre hensyn.

#### 5.2.5 Betydning av om den som hadde beviset hadde en plikt til å vitne eller utlevere beviset.

I fengselsbetjentdommen uttaler Høyesterett at et moment i interesseavveiningen er om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere det.<sup>87</sup> Momentet ble også trukket frem i Rt 2007 s. 920 som gjaldt et sivilt erstatningssøksmål. Her ble det som begrunnelse

---

<sup>85</sup> Torgersen (2009) s. 176

<sup>86</sup> Bratholm (1959) s. 110

<sup>87</sup> Rt 1999 s. 1269 side.1272

for å ikke konstatere bevisforbud, lagt vekt på at beviset var innhentet i strid med taushetsplikten for personer som ikke var omfattet av lovens forklaringsforbud.

Momentet må ses i sammenheng med vektlegging av om det ulovlige beviservervet krenker materielle regler eller bare formelle regler. I begge tilfeller kan det hevdes at tiltalte ikke stilles noe dårligere enn det loven forutsetter. Det kan derfor være en grunn til å legge stor vekt på dette momentet.<sup>88</sup>

Når det gjelder reelle bevismidler som befinner seg hos en tredjeperson, som sikres ved en krenkelse, vil det tillegges lite vekt i avskjæringsvurderingen. Spørsmålet om avskjæring vil i et slikt tilfelle bero på en avveining av hensynet til sakens opplysning og den skaden tredjepersonen blir påført ved å tillate beviset ført. Ved å avskjære et bevis på et slikt grunnlag vil medføre at prosessen vår blir mindre effektiv og systemet oppfattes som lite dynamisk.

### **5.3 Oppsummering**

Når retten tar stilling til avskjæring av ulovlig ervervet bevis, gjør en rekke hensyn og momenter seg gjeldene i vurderingen. Disse hensynene og momentene er utviklet i teori og rettspraksis. Spørsmålet i det foreliggende er om det finnes noen absolutt regel for hvordan disse hensynene og momentene skal vektlegges i avskjæringsvurderingen.

Det er i midlertidig vanskelig å oppstille en absolutt regel og si noe konkret om hvordan hensynene og momentene vektlegges i praksis, men ut ifra det som er sagt ovenfor, kan man sette opp noen retningslinjer som kan gi veiledning.

---

<sup>88</sup> Torgersen (2009) s. 164

Retten vil ofte i saker hvor politiet har innhentet bevis i strid med EMK art 6 kravet til rettferdig rettergang, avskjære beviset jf. fengselsbetjentdommen. Gjentakelseskriteriet veier tungt og det fremgår av flere rettsavgjørelser at bevis som representerer gjentatt krenkelse må avskjæres.<sup>89</sup>

Bevis som er innhentet ved alvorlig inngrep i den personlige integritet og som krenker personvernet vil også være gjenstand for bevisavskjæring.<sup>90</sup> Vi kan ut ifra dette utlede at hensynet til rettferdig rettergang etter EMK art 6 og personvern hensynet gjør seg sterkt gjeldene i avskjæringsvurderingen.

Hensynet til sakens opplysning tillegges også stor vekt i avskjæringsvurderingen. Hensynet taler imot bevisavskjæring og gjør seg sterkere gjeldene med jo mer alvorlig en tiltale er jf. Treholt kjennelsen. Selv om hensynet til sakens opplysning veier tungt vil hensynet til tiltalte også ha betydning. Hensynet til tiltalte kan medføre at et ulovlig ervervet bevis blir avskåret uavhengig hvor alvorlig saken er. For eksempel i en alvorlig drapssak hvor politiet har ervervet bevis i strid med selvinkrimineringsforbudet. Det kan derfor være vanskelig å si noe konkret om hvor alvorlig en sak må være for at hensynet til sakens opplysning skal veie tyngst.

I en sak hvor et ulovlig ervervet bevis er det eneste beviset i saken kan det være støtende for tiltalte at beviset tillates føres. Tiltaltes rettssikkerhet vil svekkes og det vil også være en krenkelse av kravet til fair trial etter EMK. Retten vil et slikt tilfelle stå ovenfor en vanskelig vurdering hvor det på den ene siden er hensynet tiltalte og rettferdig rettergang og på den andre siden hensynet til sakens opplysning som gjør seg gjeldene.

Hvilken vekt beviset tillegges kan dermed gå begge veier, retten må her se på andre hensyn og konkrete momenter for å avgjøre hvilke hensyn som skal tillegges størst vekt. I tillegg

---

<sup>89</sup> Rt 2003 s. 1814 og Rt 2003 s. 549.

<sup>90</sup> Rt 1991 s. 616 gatekjøkkenkjennelsen.

vil dommerens holdninger og meninger influere avskjæringsspørsmålet. Selv om en dommer skal være nøytral og upartisk i en sak er jeg av den oppfatning at dommerens personlig synspunkt og politisk ståsted kan påvirke utfallet i saken.

I hvilken grad det er tilfellet er det vanskelig å si noe konkret om, siden det ikke kommer direkte til uttrykk i rettsavgjørelsen. Kan man av den grunn frykte at dommerens synspunkter og politisk ståsted blir avgjørende i spørsmål om bevisavskjæring? Det kan neppe være tilfelle, retningslinjene på området er relativt fastlagt og dommerne vet at det finnes en mulighet for å overprøve rettsavgjørelsen i høyere instans. Dommerne vil være forsiktig med å la sine holdninger og synspunkter være avgjørende for utfallet i en sak. I noen saker kan dommerens holdninger og synspunkter være et problem, men når det gjelder spørsmålet om bevisavskjæring mener jeg at det har en mer teoretisk enn praktisk betydning.

I juridisk teori blir det argumentert for at man tar et verdivalg i spørsmålet om bevisavskjæring. Verdivalgene treffes ut ifra en avveining av de hensyn som gjør seg gjeldene i saken.<sup>91</sup> Kriminalitetsbildet og hvordan samfunnet er på det tidspunktet, vil være av betydning under vektlegging av de relevante hensynene.

Det er som nevnt vanskelig å si noe konkret om hvordan disse hensynene og momentene vektlegges i praksis. Det er i midlertidig klart at det er momentet om gjentatt krenkelse, hensynet til sakens opplysning og grunnleggende personvern hensyn som vil veie tyngst og være bestemmende for utfallet i en sak.

---

<sup>91</sup> Se Strandbakken (2003) s. 200

## 6 Bevisavskjæring og forholdet til EMK.

I løpet av en kort tid har flere menneskerettskonvensjoner blitt inkorporert i norsk lov og hatt en stor betydning for utvikling av norsk rett <sup>92</sup> Av de mange konvensjonene Norge har inkorporert er det siktedes rettigheter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) som har spilt størst rolle i norsk straffeprosess fordi reglene er inkorporert som norsk lov.

Før konvensjonene ble inkorporert i norsk rett, var rettstilstanden noe slik, at dersom en folkerettslig regel var i strid med norsk lov skulle den bare ha forrang dersom regelen var *''tilstrekkelig klar''* jf. Rt. 1994 s. 610 (Bølgepappkjennelsen). Denne oppfatningen er forlatt for lengst og det følger nå av menneskerettsloven § 2 og § 3 jf. strlp § 4 at disse konvensjonene skal gjelde som norsk lov. Det innebærer at ved eventuell motstrid vil folkerettslige regler ha forrang.<sup>93</sup>

Det er EMK som har hatt størst innvirkning i spørsmålet om bevisavskjæring. Det har vært en klar økning i rettsavgjørelser hvor Høyesterett har trukket inn EMK som relevant rettskildefaktor. Det er en bred enighet om at Høyesterett skal bruke samme metode som EMD når de tolker EMK.

I det følgende vil redegjøre for hvordan EMK regulerer spørsmålet om bevisavskjæring og hvordan det blir i forholdet til nasjonal rett.

---

<sup>92</sup>Se Menneskerettighetskonvensjonen (EMK), FNs konvensjon om sosiale og politiske rettigheter (SP), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

<sup>93</sup>Se Rt 2000 s 996, i denne avgjørelsen tar retten klart avstand fra klarhetskravet som følges av Rt 1994.s 610.



## 6.1 Konvensjonens regulering av spørsmålet om bevisavskjæring.

Hvilke konsekvenser ulovlig ervervet bevis skal få for bevisføringen behandles forskjellig fra land til land. Når det gjelder bevisavskjæring i forhold til EMK vil artikkel 6 kravet til ”fair trial” sette grenser for adgangen til å benytte ulovlig ervervet bevis.

I noen saker har EMD også vurdert spørsmålet om bevisavskjæring etter artikkel 8 rett til privatliv jf. L. L mot Frankrike (2006) og Z mot Finland (1997).<sup>94</sup> Videre har det vært tilfellet hvor EMD i en sak, K mot Østerrike (1992), har forankret selvinkrimineringsforbudet i vernet av den negative ytringsfrihet i EMK, artikkel 10. EMD mente at det ikke var nødvendig å ta separat stilling til om det forelå en krenkelse av artikkel 6 også.<sup>95</sup>

I de fleste saker har imidlertid selvinkrimineringsspørsmålet og bevisavskjæringsspørsmålet blitt vurdert etter artikkel 6 kravet om ”fair trial”. EMK artikkel 6 kan i noen sammenhenger danne grunnlaget for bevisforbud og i andre sammenhenger medføre begrensninger i adgangen til bevisavskjæring.<sup>96</sup> EMK inneholder imidlertid ikke bestemmelser som regulerer bevisavskjæring på ulovfestet grunnlag. Vi må derfor ta utgangspunkt i EMK artikkel 6 når vi skal se på konvensjonens regulering av bevisavskjæringsspørsmålet.

Kravet ”fair trial” etter EMK artikkel 6 blir dermed vurderingstemaet i det følgende. Vurderingstemaet har først og fremst relevans i den vurderingen som gjøres etter at retten har konstatert, at bevisføringen ikke vil representere en gjentatt krenkelse.

Når EMD vurderer spørsmålet om bevisavskjæring etter konvensjonens regler vil ikke problemstillingen i en klagesak være om konvensjonen stiller krav til bevisforbud i nasjo-

---

<sup>94</sup> I L. L mot Frankrike kom EMD frem til at resultatet i saken kunne vært oppnådd uten bruk av det beviset som var ervervet i strid med EMK artikkel 8. Det ble ansett som en krenkelse mot privatlivets fred, og EMD uttalte at det ikke var ”*necessary in a democratic society*”.

<sup>95</sup> K, mot Østerrike (1992) (avsnitt 45-56.)

<sup>96</sup> Torgersen (2009) s. 71

nal rett. Men derimot om den nasjonale bevisføringen har berøvet klageren ” fair trial” jf. EMK artikkel 6.

Dersom det foreligger en krenkelse av artikkel 6 kan reparasjon skje ved at en fellende dom oppheves, eller at tiltalte frifinnes. Man kan tenke seg at EMD istedenfor å dømme en stat for konvensjonsbrudd, heller tar i bruk alternative tiltak. For eksempel at nasjonale domstoler for muligheten til å rette opp ved å konstatere bevisforbud for den type bevis saken gjelder. Det er imidlertid ikke slik det er i praksis, EMD er nøye med å understreke at den ikke tar stilling til hvordan statene skal unngå konvensjonsbrudd.

De folkerettslige forpliktelsene som en stat har påtatt seg må respekteres uten at det spørres hvilke midler som skal benyttes for å oppnå dette.<sup>97</sup>

## **6.2 Nærmere om ” Fairness”- vurderingen etter EMK artikkel 6.**

Regler om bevisføring er i utgangspunktet et nasjonalt anliggende, men det betyr ikke at EMK ikke stiller noen krav til denne bevisføringen. EMK artikkel 6 stiller alltid et krav om «fairness» i en bevisføring.

Adgangen til å føre et ulovlig ervervet bevis må derfor vurderes etter artikkel 6. Spørsmålet er så hvilke kriterier denne «fairness» vurderingen skal skje etter. EMD har i flere avgjørelser pekt på at denne vurderingen ”involves an examination of the ‘unlawfulness’ in question and, where violation of another convention right is the concerned, the nature of the violation found”.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Torgersen (2009) s. 72 og Aall (1995) s. 78-79.

<sup>98</sup> Khan mot Storbritannia (2000)

EMD skiller mellom beviserverv i strid med nasjonale regler og konvensjonsstridige beviserverv. For bevis innhentet i strid med nasjonal rett må «the «unlawfulness» in question» undersøkes, mens undersøkelsesobjektet for bevis som er innhentet i strid med konvensjonen vil være «the nature of the violation found». Spørsmålet i det følgende er om det noen forskjell på disse vurderingene?

Det fremgår i juridisk teori at det er en forskjell når det gjelder betydningen av krenkelsen ved nasjonal lovstrid og konvensjonskrenkelser<sup>99</sup>. Det kan stilles opp et hovedskille mellom kategorier av ulovlig beviserverv som bedømmes forskjellig og viser de forskjellene. I det følgende vil jeg kort redegjøre for dem, og belyse med eksempler fra EMDs praksis.

### 6.2.1 Bevis som er ervervet i strid med EMK artikkel 3.

Den første kategorien som oppstilles i juridisk teori er beviserverv i strid med forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling i EMK artikkel 3. EMD har konstatert at bruk av denne typen bevis vil alltid være i strid med kravet til en 'fair trial'. Dette kommer klart til uttrykk i EMDs avgjørelse *Jalloh mot Tyskland*.<sup>100</sup>

Saken gjaldt en mann som ble pågrepet på åpen gate av en sivilkledd politimann, mistenkt for omsetning av narkotika. Politiet begrunnet det med at de hadde sett Jalloh selge to plastposer som han hadde tatt ut av munnen. Under arrestasjonen svelget han ene posen. Politiet besluttet å ta med han til sykehuset og gi han et brekkmiddel for å få ut posen ved oppkast. Dette ble imidlertid ikke så lett for politiet, for Jalloh nektet å ta brekkmiddelet.

Han ble til slutt tvangstilført brekkmiddelet ved at fire politimenn holdt han nede, mens en lege førte en slange inn gjennom nesen og injiserte brekkmiddelet. Klageren kastet opp

---

<sup>99</sup> Torgersen (2009) s. 75

<sup>100</sup> *Jalloh mot Tyskland*, EMDs avgjørelse av 11. Juli 2006.

posen til slutt, og det viste seg å inneholde kokain. EMD la til grunn at denne typen inngrep krenket artikkel 3 og var uforenlig med kravet til "fair trial". Det ble lagt avgjørende vekt på at det ulovlig ervervede beviset ble benyttet som sentral bevis i saken. Det var klart i strid med EMK.

Et annet eksempel som også kan trekkes inn er saken *Harutyunyan mot Armenia* (2007), som er drøftet inngående i pkt.3.3.2. Her kom også EMD frem til bevis var innhentet i strid med EMK artikkel 3 og derfor uforenlig med kravet til fair trial jf. EMK artikkel 6.

#### 6.2.2 Beviserverv og bevisføring i strid med selvinkrimineringsforbudet som er innfortolket i EMK artikkel 6 nr 1.

Den andre kategorien er beviserverv og bevisføring som krenker selvinkrimineringsforbudet i artikkel 6 nr 1 i EMK. I denne kategorien vil man vurdere både forholdene ved beviservervet og ved bevisføringen etter "fairness" kravet i EMK artikkel 6.

EMD har i flere avgjørelser konstatert at bevis som er ervervet i strid med selvinkrimineringsforbudet vil anses som et brudd på kravet til fair trial. Et eksempel som kan illustrere dette er saken *Funke mot Frankrike* (1993).<sup>101</sup> I denne saken var en mann mistenkt for overtredelse av valuta og tollavgivning. For å få mannen til å tilstå, og komme med dokumenter ble han ilagt en løpende tvangsmulkt av myndighetene. EMD kom frem til at dette krenket selvinkrimineringsvernet og var i strid med kravet til fair trial.

Imidlertid er det slik at selv om det har blitt konstatert en krenkelse av selvinkrimineringsvernet vil det ikke automatisk fører til brudd på fair trial jf. *Khan mot Storbritannia*. I denne saken ble konstatert et brudd på selvinkrimineringsprinsippet, men EMD kom likevel frem

---

<sup>101</sup> *Funke mot Frankrike*, EMDs avgjørelse av 25 februar 1993.

til at det ikke forelå noen brudd på kravet til fair trial. Selve prosessen hadde vært fair og det ble lagt vekt på at klageren fikk anledning til å imøtegå bevisene.<sup>102</sup>

### 6.2.3 Bevis som er ervervet i strid med nasjonale regler eller i strid med EMK artikkel 8.

Den siste kategorien er beviserverv i strid med nasjonale regler eller i strid med hjemmelskravet i EMK artikkel 8. Så langt har det ikke vært en eneste sak, hvor EMD har konstatert krenkelse av «fairness» kravet, i artikkel 6 på grunn av at det er benyttet bevis som er innhentet i strid med EMK artikkel 8. EMDs avgjørelse Schenk mot Sveits (1988) kan være av interesse i det foreliggende.

I Schenk saken hadde politiet ulovlig tatt opp en samtale med X. EMD la til grunn at selv om beviset var ervervet i strid med EMK artikkel 8 ville det ikke stride mot kravet til fair trial. Begrunnelse for dette var at den tiltalte hadde fått anledning til å imøtegå bevisene og utfordre riktigheten av opptaket. Videre fantes det andre bevis som pekte i samme retning, så opptaket var ikke et avgjørende bevis i saken. Det er i samsvar med det som er sagt ovenfor, at selv om det er konstatert brudd på EMK artikkel 8, fører det ikke automatisk til at rettergangen anses for å være i strid med «fairness» kravet i EMK artikkel 6.

På bakgrunn av det som er sagt ovenfor, kan en utlede at brudd på artikkel 3 i EMK anses for å være meget alvorlig. Et slikt brudd vil lettere anses for å krenke EMK art 6, enn brudd på andre konvensjonsbestemmelser. Det kan begrunnes med at EMK artikkel 3 gir uttrykk for en av de mest grunnleggende verdiene vi har i et demokratisk samfunn. Ingen skal utsettes for grov vold eller terrorhandlinger for en tilståelse. Det er klart i strid med de grunnleggende menneskerettighetene som ligger til grunn i norsk rett.

---

<sup>102</sup>Khan mot Storbritannia, EMDs avgjørelse av 12 mai 2000( avsnitt 38)

### 6.3 Konvensjonens betydning for bevisavskjæring.

EMK har spilt en stor rolle for utviklingen av norsk rett og er en av de viktigste rettskild-faktorene i den forstand at konvensjonen setter grenser for bevisforbudsreglene, jf. strlp § 4 og menneskerettsloven § 2 jf. § 3. Likevel kan en si at konvensjonen har begrenset betydning for analyse av norsk rett. Årsaken til det er at EMD setter bare en ytre ramme for bevisforbudsreglene, men sier ikke noe om hvordan ulovlig ervervede bevis skal håndteres i praksis.<sup>103</sup>

EMDs tilbakeholdenhet kan forklares med det ikke finnes en felleseuropeisk standard for hvordan ulovlig ervervet bevis skal håndteres. Det vil være forskjellig fra en medlemsstat til et annet. I enkelte land kan vi finne vidtrekkende regler for bevisavskjæring, mens andre land er meget restriktive med å avskjære bevis. For å belyse det nærmere kan vi sammenligne Hellas og Sverige.

I Hellas finner vi meget vidtrekkende regler for bevisavskjæring. Den greske grunnloven har en absolutt regel om bevisavskjæring av bevis som er ervervet i strid med konstitusjonens vern av privatlivet. Den greske straffeprosessloven inneholder også et absolutt forbud mot å føre bevis som, er ervervet på en straffbar måte. Sverige derimot er meget restriktiv med å avskjære bevis, her er det klare utgangspunktet at ulovligheter ved beviserverv ikke medfører et bevisforbud, med et unntak når det foreligger grove krenkelser av borgernes rettigheter.

Norge står i en mellomstilling. Vi har verken for vidtrekkende eller for restriktive regler for bevisavskjæring. Avskjæring av et ulovlig ervervet bevis hos oss, vil alltid skje etter en konkret og sammensatt helhetsvurdering etter omstendighetene.

---

<sup>103</sup> Torgersen (2009) s. 76.

Det kan derfor vanskelig forventes at EMD skal utvikle detaljregler om bevisavskjæring. Dersom det skulle være tilfellet, ville det blitt vanskelig å utforme regler som alle medlemsstatene hadde vært fornøyd med. På bakgrunn av dette kan vi si at EMK kun gir et minimumsvern og har overlatt resten opp til medlemsstatene.

## 7 Avsluttende bemerkninger

### 7.1 Avslutning

Når retten skal ta stilling til om et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres etter den ulovfestede læren om avskjæring av bevis kommer en rekke forhold inn. Det første retten må undersøke er om det aktuelle beviset i saken er ulovlig ervervet.

Det er uklart om hva som menes med at et bevis er ulovlig ervervet. Det finnes ingen lov som definerer hva et ulovlig ervervet bevis er. Spørsmålet er heller ikke særlig drøftet i rettspraksis. En årsak til dette kan være at domstolene går rett inn i drøftelse av bevisavskjæringsspørsmålet, istedenfor å drøfte om et bevis er ulovlig ervervet. Det er det inntrykket man får ved å gjennomgå de rettsavgjørelsene som er nevnt i oppgaven.

Det fremgår imidlertid av juridisk teori at man med begrepet «ulovlig» normalt vil mene '' i strid med gjeldende rett''. Med '' gjeldene rett'' siktes det til hva som kan utledes av de skrevne og uskrevne rettskilder.<sup>104</sup> Man kan ut ifra det således si at et bevis som er ervervet i strid med gjeldene rett, vil være ulovlig ervervet.

Ut ifra de foreliggende avgjørelsene i rettspraksis kan det utledes at ulovlig ervervet bevis ofte er et resultat av ulovlig etterforskningsmetode eller en fremgangsmåte i strid med gjeldende rett.<sup>105</sup> Ulovligheten kan bestå i alt fra det å sette lovbestemmelser bevisst til side, til å torturere noen under avhør. Både Treholt- og Karmøy-saken eksemplifiserer at en slik ulovlighet utført under politietterforskningen, kan lede til at et bevis anses for å være ulovlig ervervet.

---

<sup>104</sup> Kostveit (1995) s. 6

<sup>105</sup> Rt 1991 s. 616, Rt 1992 s. 698, Rt 2006 s.582, Rt 1999 s.1269, Rt 1994 s. 1139.



Når retten har konstatert at et bevis er ulovlig ervervet, oppstår spørsmålet i hvilken utstrekning skal bevis avskjæres. Det at et bevis er ulovlig ervervet er ikke tilstrekkelig for bevisavskjæring. Prinsippet om fri bevisførsel gjelder som utgangspunkt også ved ulovlig ervervet bevis. Retten må foreta en sammensatt helhetsvurdering om beviset skal tillates ført eller avskjæres. Denne vurderingen blir ofte kalt avskjæringsvurderingen.

Når retten skal ta stilling til om et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres, må den inn i en drøftelse av en rekke hensyn og konkrete momenter som må veies opp mot hverandre. Denne vurderingen foretas der det ikke er klart, om føringen av beviset vil representere en gjentatt krenkelse. Dersom det er klart at bevisføringen vil representere en gjentatt krenkelse skal beviset normalt nektes ført. jf. Fengselsbetjentdommen.

Hvilken vekt de forskjellige hensyn og momentene skal vektlegges i avskjæringsvurderingen vil være avhengig av omstendighetene i den enkelte sak. Det kan derfor ikke oppstilles en absolutt regel for hvordan disse hensynene og momentene skal rangeres og vektlegges.

I de første sakene hvor spørsmålet om bevisavskjæring ble satt på spissen var Høyesterett veldig tilbakeholdne med å avskjære bevis på ulovfestet grunnlag. Som et eksempel kan vi se på Rt 1948 s. 46. Her kom retten frem til at sjokkbehandlinger ved provokasjon av tilståelser var sterkt kritikkverdig, men tilståelsene ble likevel ikke avskjæret som bevis.

En av årsakene til dette kan være at læren om bevisavskjæring ikke var særlig utbredt på den tiden. Det fantes heller ikke noen retningslinjer som retten kunne forholde seg til. En annen mulig årsak kan være at man i etterkrigstiden ikke var så opptatt av rettssikkerheten til tiltalte og la ikke særlig vekt på det hensynet. I motsetning la en større vekt på hensynet til allmenhetens rettsfølelse. Saken gjaldt landssvikere og det viktigste for allmennheten var at de fikk sin straff, selv om det skjedde på grunnlag av ulovlig ervervet bevis som var sterk kritikkverdig.

I de siste årene har holdningen i rettspraksis endret seg betydelig. Hadde en slik sak kommet opp for retten i dag, er jeg overbevist om at domstolen ville ha nektet beviset ført. Fængselsbetjentdommen er et godt eksempel på at Høyesterett har utvidet adgangen til å avskjære bevis på ulovfestet grunnlag. Det avgjørende i denne saken var at det var innhentet bevis i strid med selvinkrimineringsvernet. Politiet hadde overskredet regler for politi-provokasjon, en ulovfestet etterforskningsmetode. Som vi har sett tidligere førte dette til at det ulovlige ervervede beviset ble avskåret.

I teorien blir det også anført at avskjæringsadgangen har blitt betydelig videre, særlig etter gatekjøkkenkjennelsen og fængselsbetjentdommen.<sup>106</sup> En av årsakene til at avskjæringsadgangen har blitt videre, kan være at fokuset og interessen for hensynet til rettssikkerhet har økt i samfunnet. Folket har blitt mer opptatt av rettsapparatet og vil vite hvordan prosessen er kvalitetssikret for både fornærmede og siktede. Dette fører til at domstolene er avhengig av å skape tillit hos folket. Det vil de gjøre ved å håndheve retten i tråd med gjeldene rett og sanksjonere ulovligheter. Avskjæring av ulovlig ervervet bevis kan gi en følelse av trygghet og rettferdighet.

En annen årsak til at avskjæringsadgangen har blitt videre, kan være EMK som inkorporert i norsk rett og skal gjelde som norsk lov. De folkerettslige forpliktelsene som Norge har påtatt seg trekker opp rammer for hvilke praksis som godtas av domstolene. Selv om konvensjonen ikke har egne bestemmelser om bevisavskjæring foretar domstolen en vurdering av spørsmålet etter EMK art 6.

Dersom EMD kommer frem til at det foreligger brudd på EMK vil det få konsekvenser. Medlemsstatene vil helst slippe å få en klagesak i EMD og det å bli dømt for konvensjonsbrudd er veldig alvorlig. Derfor er medlemsstatene ekstra påpasselig med å avskjære ulovlig ervervet bevis og utvider avskjæringsadgangen.

---

<sup>106</sup> Andenæs s. 271.

## 7.2 Konklusjon

Prinsippet om fri bevisførsel står sterkt i norsk straffeprosess og det skal mye til for å avskjære bevis på ulovfestet grunnlag. Hensynet til materielle sannheten står sterkt og Høyesterett vil være tilbakeholden med å avskjære et bevis dersom det går utover hensynet til sakens opplysning. Hvor alvorlig tiltaltes lovbrudd er vil være et avgjørende moment i avskjæringsvurderingen.

På den andre siden vil ulovlighetens art og grovhet være av betydning, særlig hvis ulovligheten har hatt innvirkning for bevisets innhold. Det kan være at bevisets pålitelighet er svekket på grunn av måten den er innhentet på. Dette vil i utgangspunktet tale for bevisavskjæring på ulovfestet grunnlag.

Hensynet til personvern tillegges stor vekt i norsk rett. Høyesterett har gitt uttrykk for en restriktiv holdning til bevisføring som krenker personvernens hensynet. I utgangspunktet vil denne typen bevis avskjæres.<sup>107</sup> Norske domstoler er også restriktive i forhold til å tillate bevis som innebærer en gjentatt krenkelse.<sup>108</sup>

Ut ifra de foreliggende avgjørelsene hentet fra rettspraksis virker det som hensynet til materielle sannhet veier tyngst i de fleste tilfeller. Det medfører i noen tilfeller at disiplineringshensynet undervurderes og ikke tillegges særlig vekt. Jeg mener at disiplineringshensynet bør tillegges større vekt, spesielt dersom man vil opprettholde det strenge beviskravet for skyld i straffesaker. For det kan ikke skje på bekostning av de regler som skal beskytte de vernede interesser. Disiplineringshensynet vil også være viktig for å hindre misbruk ved beviserverv.

---

<sup>107</sup> Rt 1991 s. 616, Rt 1997 s.795

<sup>108</sup> Rt 1999 s. 1269 (Fengselsbetjentdommen)

Læren om ulovfestet bevisavskjæring er stadig i utvikling og har en dynamisk karakter. Det er stadig diskusjoner om å utvide adgangen til å avskjære bevis på ulovfestet grunnlag. En årsak til det kan være kriminalitetsbildet i samfunnet som stadig forandrer seg. Forbryterne finner opp nye metoder for å utføre kriminelle handlinger og det medfører at politiet må ta i bruk utradisjonelle etterforskningsmetoder, som kan være av tvilsom karakter.

En annen årsak kan være utviklingen i teknologiverden. Med dagens teknologi kan man finne opp flere nye måter å kontrollere noen på eksempelvis, gjennom skjult opptak med en penn eller elektronisk sporing. Det er en krenkelse av personvernet og kan være gjenstand for nye problemstillinger knyttet til bevisavskjæringsspørsmålet.

I dag er det større fokus på bevisavskjæringsproblematikken enn det har vært noen gang. Man kan dermed stille spørsmålet om det hadde vært bedre med en lovregulering av området. I forarbeidene til straffeprosessloven går det frem at en lovregulering på dette området vil belaste loven uforholdsmessig mye i forhold til hvilken betydning spørsmålet har.<sup>109</sup>

Denne uttalelsen må tolkes i lys av den tiden den ble gitt. Som vi har sett ovenfor hadde spørsmålet om bevisavskjæring på den tiden lite praktisk betydning, sammenlignet med betydningen i dag. Men det betyr ikke at reglene bør lovfestes av den grunn. For å ta standpunkt til spørsmålet om lovregulering, må vi se på argumenter som taler for og imot.

Hensynet til forutberegnelighet og mindre forskjellsbehandling taler for at reglene bør lovfestes. På den andre siden taler hensynet til forholdets egenart, at alle saker er forskjellig imot en slik lovfesting. Det fremgår i juridisk teori at hensynet til forutberegnelighet ikke kan tillegges så stor vekt når det gjelder den tiltalte. En som ønsker å begå et lovbrudd har ingen beskyttelsesverdig interesse i å vite på forhånd om hvilke bevis som kan brukes mot

---

<sup>109</sup> Innstilling 1969 s.197

han.<sup>110</sup> Domstolene på sin side vil foretrekke en lovfesting av området, for det vil skape mer ensartethet i bevisavskjæringsspørsmålet.

Ser vi på hensynet til forholdets egenart vil en lovfesting av området skape tvil i forhold til nye spørsmål og problemstillinger i fremtiden. De fastsatte reglene vil føre til at det ikke kan tas en konkret og individuell stilling til den aktuelle saken. Det kan gi uheldige resultater. Avskjæring av bevis må etter min mening foretas etter en konkret og sammensatt helhetsvurdering, for å treffe en riktig avgjørelse. En lovfesting av reglene vil uansett ikke bidra til særlig oppklaring eller forutberegnelighet, da man må uansett inn å tolke de nye reglene og søke veiledning i rettspraksis.

En lovregulering vil etter min mening bare skape uklarhet. Det er så mange hensyn og momenter, som gjør seg gjeldene i avskjæringsvurderingen, at en lovregulering vil gjøre loven uoversiktlig og upedagogisk.

---

<sup>110</sup> Torgersen (2009) s. 499.

## **8 Litteraturliste**

### **8.1 Litteratur**

#### **8.1.1 Bøker**

Torgersen, Runar. Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker. Oslo, 2009.

Joh. Andenæs v/ Tor-Geir Myhrer: Norsk straffeprosess. Oslo, 2009.

Andenæs, Johs. Norsk straffeprosess bind I og II. Oslo, 2002.

Aall, Jørgen. Rettergang og menneskerettigheter. Bergen, 1995.

Aall, Jørgen. Rettsstat og menneskerettigheter, 2. utgave, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS 2007.

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære, Oslo, 2001.

Hov, Jo. Norsk Rettergang I og II. Oslo, 2007.

Brøbech, Birgitte. Ulovligt tilveiebragte beviser i straffeprosessen. København, 2003.

Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud. Straffeprosessloven kommentarutgave, bind I og II, 3. utgave, Universitetsforlaget 2001.

Auglend, Ragnar L.; Henry John Mæland og Knut Røsandhaug, Politrett, 2. utgave, Gyldendal 2004.

Steinar, Fredriksen. Innføring i straffeprosess 3 utgave, Oslo, 2013.

Kostveit, Odd. Noen etterforskningsmetoder og læren om avskjæring av ulovlig innhentede bevis. Oslo, 1995. ( Forskning om økonomisk kriminalitet, rapport nr 28, Norges forskningsråd).

Strandbakken, Asbjørn, Uskyldspresumsjonen, Fagbokforlaget 2003.

Skoghøy, Tvistemål, Universitetsforlaget 2001.

Boe, Innføring i juss Bind 2. Oslo, 1993.

### 8.1.2 Artikler

Ørnulf, Øyen. I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte? Lov og Rett 07/2010.

Bratholm, Anders. Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1959, s. 109-132.

Aall, Jørgen. Høyesterett som prosessrettsskaper særlig på området for utilbørlige bevis. I: Festskrift til Carsten Smith: Rettsteori og rettsliv 2002 s. 957-966.

Bratholm, Anders, ”Mistenktes eller siktedes vern mot integritetskrenkelse”, Jussens Vennernr. 6/7, 1979 side 232-249.

Krokeide, Kjetil ”Om likeverdighet i prosessen og påtalemyndighetens teorier”. I: Nytt i Strafferetten, 1998 nr. 1, side 36-115.

## **8.2 Lovhenvisninger**

Straffeprosessloven, Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25.

Straffeloven, Almindelig borgerlig straffelov av 22.mai 1902 nr. 10.

Menneskerettsloven, Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr.30.

Arbeidsmiljøloven, Lov av 17. juni 2005 nr. 609.

## **8.3 Forskrifter**

Påtaleinstruksen, Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten av 28.juni 1985 nr. 1679.

## **8.4 Forarbeider og innstillinger**

Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker. Oslo 1969.

Ot.prp. nr 35 (1978-1979)

Ot. prp. nr 64 (1998-1999).

Ot.prp.nr 55 (1997-1998).



## **8.5 Norsk offentlige utredninger.**

NOU 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet Delinnstilling II.  
Utredning fra Metodeutvalget oppnevnt av Justis- og politidepartementet 2. august 1994.

NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern.

## **8.6 Internasjonale konvensjoner**

Den europeiske menneskerettskonvensjonen 4. november 1950, i kraft 3. september 1953.(EMK)

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter, i kraft 23. mars 1976 (SP)

## **8.7 Rundskriv**

Rundskriv fra Riksadvokaten, Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode Ra 00-25 635.0, nr 2/2000 Oslo, 26. april 2000.

[http://www.regjeringen.no/upload/kilde/jd/prm/2006/0111/ddd/pdfv/289962-rundskriv\\_ra.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/kilde/jd/prm/2006/0111/ddd/pdfv/289962-rundskriv_ra.pdf)

Rundskriv fra Riksadvokaten, Statsadvokatene, politimestrene, overvåkingssjefen, sjefen for Kriminalpolitisen og generaladvokaten. Ra 99-23 863 .0, nr. 3/1999 Oslo, 22. desember .1999

[http://riksadvokaten.no/filestore/Dokumenter/Eldre\\_dokumenter/Rundskriv/Rundskrivnr3for1999-Etterforskning2.pdf](http://riksadvokaten.no/filestore/Dokumenter/Eldre_dokumenter/Rundskriv/Rundskrivnr3for1999-Etterforskning2.pdf).

## **8.8 Domsregister**

### **8.8.1 Norske avgjørelser**

Rt.1936 s.204

Rt.1948 s. 46

Rt.1954 s.96

Rt.1979 s 1021

Rt. 1981 s. 377

Rt.1984 s 1076

Rt.1990.s.1008

Rt.1991 s. 616

Rt.1992 s.698

Rt.1994 s. 610

Rt.1994 s. 1139

Rt.1996.s 114

Rt.1997 s. 795

Rt. 1997 s. 1778

Rt.1998 s 407

Rt.1999 s. 1269

Rt. 2000 s 996

Rt. 2000 s 1345

Rt. 2001 s. 668

Rt.2003 s.549

Rt. 2003 s. 1814

Rt.2004 s.858

Rt.2004 s.878

Rt.2005 s. 1353

Rt. 2006 s.582

Rt.2007 s.920

Rt.2007 s.1612

### 8.8.2 Utenlandske avgjørelser

Funke mot Sveits 25.2.1993, appl. no. 10828/84

Harutyunyan mot Armenia, 28.6.2007, appl. no. 36549/03

Khan mot Storbritannia 12.5.2000, appl. no. 35394/97

Jalloh mot Tyskland 11.7.2006, appl. no. 54810/00

Schenk mot Sveits 12.7.1988, appl. no. 10862/84

K mot Østerrike 18.2.1992, appl. no. 16002/90

L.L. mot Frankrike 10.10.2006, appl. no. 7508/02

### 8.9 Direktelink til nettsider som er brukt.

<http://personvern.info/rettskilder/avgjorelser/gatekjokkenkjennelsen-rt-1991-s-616/>

<http://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/emd-avgjorelser/application-no-2241493/>

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2004/nou-2004-6/5/4.html?id=385354>

<http://no.wikipedia.org/wiki/Birgitte-saken>.

### 8.10 Avhandlinger av juridiske studenter

Hanne saur, ‘’ Bevisavskjæring i straffesaker på grunn av ulovlig ervervede bevis’’. Universitet i Tromsø 2007.

Bjørnelv, kristian, ‘’ Ulovfestet bevisavskjæring i norsk rett’’, 2009.

